

PENSAR EN DERECHO N°4

 *Ceudeba*



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN **DERECHO**

NRO. 4 AÑO 3

Comité editorial

Juan Pablo Alonso
Gabriela Antonelli Michudis
Lucas E. Barreiros
Mariano H. Borinsky
Emiliano J. Buis
Marisa Herrera
Luciana Beatriz Scotti

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum

Comité Académico

Susana Albanese
Susana Cayuso
Raúl Etcheverry
Fernando García Pullés
Carlos Gherzi
Adrián Goldin
Martín Krause
Delia Lipszyc
Luis Niño
Renato Rabbi Baldi



Eudeba
Universidad de Buenos Aires

1º edición: julio de 2014

© 2014 Eudeba
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0186



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decana: *Dra. Mónica Pinto*

Vicedecano: *Dr. Alberto J. Bueres*

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores

Consejeros titulares

Prof. Oscar Ameal
Prof. Beatriz Krom
Prof. Ernesto Marcer
Prof. Gonzalo Álvarez
Prof. Marcelo Gebhardt
Prof. Adelina Loianno
Prof. Enrique Zuleta Puceiro
Prof. Lily Flah

Consejeros suplentes

Prof. Alberto J. Bueres
Prof. Daniel R. Vítolo
Prof. Luis Mariano Genovesi
Prof. Martín Böhmer
Prof. Raúl Gustavo Ferreyra
Prof. Mary Beloff
Prof. Marcelo E. Haissiner
Prof. Mario Ackerman

Claustro de graduados

Consejeros titulares

Ab. Leandro Ernesto Halperin
Ab. Mónica Balmaceda
Ab. Pablo Andrés Yannibelli
Ab. Sebastián Alejandro Rey

Consejeros suplentes

Ab. Gisela Candarle
Ab. Carlos Aguas
Ab. Aldo Claudio Gallotti
Ab. Lisandro Mariano Teszkiewicz

Claustro de estudiantes

Consejeros titulares

Leandro Mutchinick
Alejandro Maronna
Micaela Pisterman Rozenek
Florencia Levato

Consejeros suplentes

Joaquín Santos
Catalina Cancela Echegaray
Tomás González Vera
Patricio Méndez Montenegro

Secretarios

Secretaria Académica: *Dra. Silvia C. Nonna*

Secretario de Administración: *Ab. Carlos A. Bedini*

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: *Ab. Oscar M. Zoppi*

Secretario de Investigación: *Dr. Marcelo Alegre*

Secretario Técnico: *Mag. Alejandro Gómez*
Secretario de Vinculación Ciudadana: *Nicolás de la Cruz García*

Subsecretarios

Subsecretario Académico: *Ab. Lucas Bettendorff*
Subsecretario de Administración: *Ab. Rodrigo Masini*
Subsecretaria de Relaciones Institucionales: *Mag. Isabel Sábato*

Índice

Reflexiones acerca de la reacción social frente a la creciente inseguridad 9
Marcela Basterra

Linchamientos19
Leonardo Gabriel Filippini

¡Vamos a saquear! La queja por la violencia social y las falencias jurídicas,
en un papiro del Nuevo Reinado egipcio31
Ricardo Rabinovich-Berkman

Artículos recibidos por convocatoria abierta

Intervención judicial frente a una grave violación de derechos humanos en un lugar
de encierro: el caso de la masacre en el Pabellón Séptimo 51
Claudia Cesaroni

Formalismo, cultura legal y Estado. El rol del juez como interfaz:
el funcionario, el científico y el político105
Yanina Guthmann

¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción
de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal..... 131
Paula Viale de Gil

El caso del proceso por el asesinato de Facundo Quiroga en la historia
del ritual judicial argentino 161
Alan Iud

El poder disciplinario intramuros: la transformación de lo legal en ilegal. La sanción de aislamiento y su posible consideración como trato cruel, inhumano y degradante. Análisis de la situación en Argentina	211
<i>Sabrina Pascual</i>	
El Consejo de la Magistratura y la Corte Suprema de Justicia de la Nación	243
<i>Ramón Enrique Trejo</i>	
La elección de “jueces constitucionales” en las democracias actuales	315
<i>Federico G. Thea</i>	

Reflexiones acerca de la reacción social frente a la creciente inseguridad

*Por Marcela I. Basterra**

Resumen

Los hechos ocurridos en nuestro país denominados popularmente “linchamientos”, destacan el inmenso valor que en cualquier sociedad adquiere el Estado constitucional de derecho. El fenómeno de la inseguridad, la percepción ciudadana del fracaso del Estado como garante de la seguridad, ha crecido en forma exponencial durante la última década.

Si bien parece un contrasentido indagar acerca de la posibilidad de encontrar algún justificativo jurídico, para una persona que decide “linchar” a

* Doctora en Derecho (UBA). Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP). Posgrado en Derecho Público (UP). Co-Directora Académica del Posgrado de Actualización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional (UBA). Es Profesora de Grado, Posgrado y Doctorado (UBA) (UCES) y en más de 10 Universidades nacionales y extranjeras. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto de Política y Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, del Departamento de Legislación de la Unión Industrial Argentina, del Departamento de Ciencia Política y Constitucional de la Sociedad Científica Argentina. Es dictaminadora externa en materia de Derecho a la Información del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM). Es autora, co-autora, directora y participante en un total de 56 libros; ha publicado más de un centenar de artículos en revistas de su especialización y otras. Ha dado más de un centenar de conferencias; mbasterra@buenosaires.gob.ar.

otra que supuestamente cometió un delito; lo cierto es que el debate público que han generado estos episodios, nos invita a abordar este interrogante.

Resulta imperioso actuar con mayor responsabilidad social que la exhibida, advirtiendo la peligrosidad que tienen estos actos, para la sociedad en su conjunto. En todo caso, debemos exhortar al Estado, a que cumpla definitivamente con el deber indelegable de garantizar la seguridad pública de todos sus habitantes, como lo señala la propia Constitución Nacional.

Palabras clave: linchamientos, inseguridad, justicia social, violencia colectiva, responsabilidad del Estado.

Thoughts on the social response to growing criminality

Abstract

The recent acts of violence in our country, popularly known as “lynchings”, show the valuable role of the constitutional State of law in a society. Criminality and the citizenship’s perception of the State’s failure as the advocate of safety have grown exponentially in the last decade.

Although it seems like a contradiction to inquire about the possibility of finding judicial justification for a person that decides to “lynch” another one who has allegedly committed a crime, it is true that the public debate aroused by this attacks urges us to address this matter.

It’s imperative to act with more social responsibility that the one already displayed, noticing the danger of these acts for the society as a whole. In any case, we should urge the State to accomplish its responsibility to guarantee public safety to the citizenship as stressed by the Constitution.

Keywords: lynchings, insecurity, social justice, group violence, State responsibility.

I. Introducción

Los lamentables hechos suscitados en nuestro país en el último tiempo denominados popularmente “linchamientos”,¹ obligan a destacar el inmenso valor que en cualquier sociedad adquiere el Estado constitucional de derecho.

Preliminarmente es del caso recordar lo que Bidart Campos² denominó el trialismo en el derecho constitucional. El prestigioso jurista explicaba con claridad meridiana que el mundo jurídico –una realidad calificada con los adjetivos de humana y social– se compone de tres ámbitos; 1) el de las conductas –dimensión sociológica–, 2) el de las normas –dimensión normativa–, y 3) el del valor –dimensión dikelógica–. La juridicidad que se predica en este “mundo”, emana de la necesaria relación que existe entre este y el valor justicia.

El orden de las conductas presenta comportamientos humanos que constituyen la realidad fundamental del mundo jurídico, e integran la dimensión sociológica. Las conductas que interesan a este ámbito son las que se consideran modelo, es decir que se proponen para ser imitadas en casos análogos futuros. Aquellas que no alcanzan a cobrar esa ejemplaridad, no forman parte del orden de conductas, pero sí de la realidad constitucional.

Por su parte, la dimensión normológica, como su nombre lo indica, se compone de normas; esto es la captación lógica de un reparto por parte de un tercero neutral. Finalmente, aparece la dimensión dikelógica. El valor más importante y excelso en el mundo jurídico es la justicia; esta señala desde su deber ser ideal cómo deben ser las conductas. A su vez, los valores jurídicos son también políticos porque guardan relación con el Estado.

Se trata de un deber ser valente y exigente, porque cuando las conductas realizan el valor con signo positivo, se afirma que en el mundo jurídico

1. Según información de público conocimiento, se registraron en fechas recientes, al menos una decena de episodios en los que se reportaron agresiones contra personas a quienes se acusaba de robo, recibiendo en consecuencia, heridas graves. Además, estos sucesos no ocurrieron únicamente en una ciudad, sino que se dieron simultáneamente en varios puntos del país; Buenos Aires, Córdoba, La Rioja, Rosario, Santiago del Estero y Santa Fe, entre otros.

2. G. J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2006, pp. 269-273.

se fenomeniza una manifestación que es la realización actual de la justicia. Por el contrario, cuando el valor se materializa con signo negativo, hay una injusticia que engendra un deber de actuar para suprimirla.

Entonces desde un plano teórico podría afirmarse que el derecho debería ser entendido como la representación más adecuada de la noción común de justicia; sin embargo, sucesos como el que se encuentra en análisis evidencian un proceso de escisión. El sistema jurídico, y junto con él todos los poderes públicos, no cuentan con la credibilidad necesaria para así ser percibidos por aquellos a quienes se propone regir. En efecto, media un proceso de separación y distanciamiento entre las percepciones sociales de la justicia y del derecho.³

Esto es justamente lo que produjo en Argentina el fenómeno de la inseguridad, que durante el transcurso de las últimas décadas ha crecido en forma exponencial. Es decir, la percepción ciudadana del fracaso del Estado como garante de la seguridad de sus habitantes; la incapacidad de los poderes públicos para reaccionar frente a este suceso.

No puede soslayarse por un lado, que la seguridad es uno de los elementos internos del concepto de “libertad”; y por el otro, la importancia que tiene la postura que el Estado adopte acerca de este concepto. Ello en tanto la democracia consiste fundamentalmente en el reconocimiento de esa libertad, de ahí que el deber ser ideal del valor justicia en el régimen democrático exige garantizar al hombre un espacio suficiente de albedrío que le permita autorrealizarse.⁴

En estas mismas coordenadas se ha subrayado que “[...] sólo aquel que no está sujeto a nadie, sólo aquel que no está subordinado a otro, sólo aquel que carece de opresión social es libre, y esa libertad debe estar garantizada por leyes y las leyes existen en un Estado por eso, precisamente, el fin del Estado es la libertad política que se funde con la seguridad. Queda claro, entonces, por qué afirmamos que la inseguridad es ‘el’ problema político, ya que torna –como mínimo– borrosa la chance de vivir en comunidad bajo la organización de dominación que se condensa en el leviatán”.⁵

3. O. R. Burgos, “Derecho, anomia, ‘linchamientos’ y guerra social: un mínimo intento de reflexión jurídica al borde del abismo”, ED, DC1C87, 2014.

4. G. J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, *op. cit.*, p. 519.

5. F. Delgado, “La inseguridad, ‘el’ problema político”, ED, DC178B, 2011.

En la presente nota me propongo analizar si es posible encontrar algún justificativo jurídico a este tipo de conductas en un Estado constitucional de derecho, o si, por el contrario, esta forma de actuar colisiona contra los cimientos sobre los que se asienta este.

II. ¿Encuentra justificativo jurídico la violencia social en un Estado de Derecho?

Si bien parece un contrasentido –en un marco constitucional– indagar acerca de la posibilidad de encontrar algún justificativo jurídico para una persona que decide “linchar” a otra que supuestamente cometió un delito, lo cierto es que el debate público que han generado los desafortunados episodios de agresiones en nuestro país, nos invita a abordar este interrogante.

Ello en el entendimiento de que el uso de expresiones como “linchamientos”, “palizas” o “golpizas”, reiteradamente utilizadas en los medios de comunicación y por los ciudadanos en general, tienen como efecto directo minimizar crímenes de extrema gravedad, que además, generan un alto riesgo social. En otras palabras, la denominación empleada para hacer referencia a estas conductas tiende a suavizar determinados delitos, en tanto hace hincapié en el reconocimiento de una supuesta motivación del sujeto para actuar de esta manera; lo que se traduce en alguna forma de justificación. El término “linchamiento”, entonces, contribuye a relativizar delitos graves.⁶

Sin perjuicio de lo expuesto, previamente a abordar los sucesos de violencia colectiva mencionados, es necesario hacer referencia a las distintas hipótesis que intentan explicar estos hechos. Las mismas pueden ser sistematizadas de la siguiente manera: 1) los que expresan la privatización de la seguridad; 2) aquellos que genéricamente aparecen como respuesta a la inseguridad; 3) el linchamiento como expresión del pluralismo jurídico, vinculado a los pueblos originarios, aunque es importante aclarar que la justicia indígena utiliza formas de linchamiento simbólico, que excluyen al acusado de la sociedad pero que no implican castigo físico; 4) el linchamiento como producto de la crisis y la desintegración social, supuesto que engloba la inseguridad, entre otros contextos; y 5) los linchamientos políticos. Actualmente

6. A. Drucaroff Aguiar, “‘Linchamientos’: crímenes injustificables y de alto riesgo social”, LL Sup. Act. 2014, p. 1.

en Argentina están presentes las hipótesis 2) inseguridad y 4) crisis y desorganización social.⁷

Asentado ello, es imperioso señalar que en esta reseña no voy a detenerme en el análisis del fenómeno de un modo aislado, sino que será analizado de manera sistémica.

En este contexto, en primer término habrá que determinar si efectivamente estamos ante un episodio que puede ser incluido en el concepto de violencia colectiva. A tal fin, resulta propicio mencionar que, según la Organización Mundial de la Salud, el término “violencia” alude al “[...] uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”.⁸

Por otra parte, la “violencia colectiva” puede conceptualizarse como la fuerza desplegada por un grupo de personas reunidas deliberadamente, de forma espontánea o que han sido convocadas por instituciones o personas, con el objeto de concretar a través del ejercicio de la misma la manifestación de ideas, creencias, sentimientos, reclamos o cuestionamientos; los que llevados a su expresión más incivilizada, podría ser el caso de los denominados “linchamientos”.⁹

Resta analizar si esta conducta encuadra dentro de alguno de los delitos tipificados en nuestro sistema jurídico. Interrogante que no requiere de mayores esfuerzos interpretativos, si se repara en que el artículo 80 del Código Penal impone reclusión o prisión perpetua al que matare con ensañamiento o alevosía (inciso 2°); a los que lo hicieren por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o la orientación sexual, identidad de género o su expresión (inciso 4°), y a los que concretaren el asesinato con el concurso premeditado de dos o más personas (inciso 6°). Sin duda, los hechos mencionados pueden fácilmente encuadrarse en uno u otro supuesto según las

7. M. Svampa, “La caja de Pandora de los linchamientos”, *Perfil* 05/04/2014.

8. Véase el “Informe mundial sobre la violencia y la salud”, publicado en español por la Organización Panamericana de la Salud para la Organización Mundial de la Salud, Washington D.C., 2002.

9. R. V. Vásquez, “¿Qué sabemos de la violencia? Reflexiones sobre su concepto y teoría”, LL, Sup. Act. 2012, p. 1.

circunstancias. A su vez, el delito de lesiones se agrava por las condiciones reseñadas en los incisos del mencionado artículo 80, según lo prescripto por el artículo 92 del mismo ordenamiento.

No obstante, este cuerpo legal prevé dispositivos, en virtud de los cuales aquellas personas pueden no ser punibles. Aquí adquieren un papel preponderante las reglas sobre legítima defensa que determinan la inimputabilidad del que obrare en defensa propia o de sus derechos, como también de quien actuare en resguardo de la persona o derechos de otro; en ambos casos siempre que concurren las circunstancias que la propia ley especifica concretamente para la legítima defensa.

Los requisitos para su procedencia son básicamente dos: 1) que medie agresión ilegítima, es decir que el individuo que resulte muerto o lesionado haya atacado –sin que ninguna norma jurídica lo respaldase– a la persona o los derechos de quien se defiende o es defendido por otros, y 2) la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, lo que exige confrontar el “peso” relativo de los intereses en juego; en este caso concreto, habrá que ponderar por un lado el objeto del hurto o robo, y por el otro, la integridad física del supuesto ladrón.

Por último, no puede omitirse que en el segundo supuesto la legislación emplea los verbos “impedir” y “repeler” de los que se deriva un límite concreto al instituto de la legítima defensa. Efectivamente, se impide cuando la agresión aún no ha alcanzado a concretar la finalidad que el atacante persigue; mientras que se repele, cuando la agresión está en curso y existe la posibilidad de contrarrestarla eficazmente. Por el contrario, si la agresión ya se concretó no hay legítima defensa. Cuando se habla de “linchamientos” por lo general el ladrón ya ha perfeccionado el hurto o robo, por lo que se configura el delito de homicidio o de lesiones según el caso.¹⁰

Considerando entonces que estamos en presencia de un delito penal, lo que pone de manifiesto la importancia del bien jurídico protegido, en tanto el derecho penal es la *ultima ratio* del sistema jurídico. Asimismo, no puede soslayarse que al momento de confrontar los dos bienes jurídicos que se encuentran en juego, la cosa robada o hurtada y la integridad física del supuesto ladrón, se deberá ponderar sin duda la integridad física del individuo,

10. M. A. Terragni, “Linchamientos y legítima defensa”, LL, 2014, p. 1.

atento el indiscutible valor superior que ostenta para el ordenamiento jurídico, en su carácter de derecho humano básico.

Por consiguiente, se torna indispensable advertir la preocupación que despierta la relativización por parte de la opinión pública de un delito de extrema gravedad con el empleo de la palabra “linchamiento”. Ello por cuanto el vocablo utilizado plantea la discusión en otros términos, dado que tendenciosamente se intenta buscar alguna motivación o justificativo en sus autores que pueda explicar esta manera de actuar, lo que funciona como una especie de atenuante.

Aquí es donde aparecen argumentos que intentan fundamentar este accionar por varios motivos; el más común ha sido el “hartazgo” que se les adjudica a sus autores, asociándose estas conductas delictivas con un Estado ausente, incapaz de cumplir eficazmente el rol de garante de los ciudadanos en materia de seguridad.

Ahora bien, reviste fundamental importancia advertir con la mayor claridad posible que explicaciones de esta naturaleza en modo alguno resultan idóneas para explicar los delitos graves que se esconden detrás de estos episodios violentos, al menos desde la óptica jurídica.

Vale destacar que lo que aquí afirmamos no debe llevarnos a desconocer o ignorar la psicosis colectiva de miedo que se ha generado en la sociedad argentina –y con razón– frente a la ausencia del Estado y las fuerzas de seguridad. Sin embargo, explicar o entender no es lo mismo que justificar. Este tipo de acciones no pueden ser avaladas en ningún caso y merecen ser reprochadas siempre por el Estado.

Señala Gargarella que frente a crímenes atroces, provocados ya sea por el linchador o por el linchado, sujetos que resultan comparables, aunque no son equiparables moralmente, no debe permitirse la impunidad. La idea que subyace es reclamar una respuesta condenatoria desde el Estado e incluso desde la sociedad misma.¹¹

Sin duda nuestro país atraviesa situaciones de intolerancia, inseguridad, violencia social y estructural; pero no puede perderse de vista que existen leyes que deben respetarse en pos de garantizar una convivencia social armónica. Hechos como los analizados, lejos de alcanzar el valor justicia,

11. R. Gargarella, “Un ejercicio de empatía a partir de los linchamientos”, *La Nación*, 19/04/2014.

conducen a fomentar el caos. No puede perderse de vista que el derecho funciona en toda sociedad civilizada como pauta esencial de convivencia democrática.

Teniendo en cuenta lo expuesto, no puede sino concluirse que los denominados “linchamientos” no deben bajo ningún punto de vista ser justificados desde el mundo jurídico. Tal como lo anticipaba en la parte introductoria, siguiendo a Bidart Campos podemos afirmar que se trata de conductas que si bien forman parte de la realidad jurídica, deben ser suprimidas en tanto no es deseable que las mismas sean tomadas como modelo y se repitan en casos futuros. El valor justicia que rige el sistema jurídico es el que indica cómo deben ser las conductas, y queda claro que estos actos no son conducentes para garantizar tan excelso valor.

III. Conclusiones

Lograda la evolución de los sistemas jurídicos actuales, es lamentable que se vuelva a debatir sobre temas propios de las sociedades primarias.

Si bien estas conductas deben ser tomadas como una alarma y un severo llamado de atención por parte de los poderes públicos, toda vez que es responsabilidad del Estado –en todos los niveles de gobierno– adoptar las medidas necesarias para afrontar y solucionar de manera urgente los conflictos sociales de tal envergadura, resulta preocupante los términos en los que se ha planteado la cuestión en la agenda pública, entendiendo que es a todas luces regresivo que estemos discutiendo actualmente en nuestra sociedad si está bien o mal ajusticiar a supuestos o reales delincuentes.

Debates de esta índole ponen en jaque las bases morales sobre las que se construyó el contrato social, basado en la convivencia armónica de los integrantes de una comunidad.

Ante sucesos de estas características, es imperioso reiterar una vez más que es un contrasentido hablar de *justicia por mano propia* en un Estado constitucional de derecho. Justamente, esta regla primitiva es la antítesis de la Justicia, recordando que el fin último del ordenamiento jurídico es garantizarla como valor.

Toda comunidad que deja de ser *salvaje* e ingresa al mundo jurídico, tiene como meta la defensa de los derechos fundamentales a través de leyes que los ordenan y reglamentan. En el ámbito del Estado Constitucional, sólo puede referirse a la justicia cuando los delitos son juzgados por los

procedimientos previstos en las leyes y con el cumplimiento más apegado a las garantías del debido proceso.

Con acierto se ha señalado que “[...] los ‘linchamientos’ implican un regreso al salvajismo en estado puro y el abandono de las pautas mínimas de convivencia civilizada, pero, más grave aún, crean un riesgo potencial inmenso porque, como es sabido –aunque fácilmente se lo olvida– la ‘ley de la selva’ es la del más fuerte. Esa fortaleza, además, ha sido, es y será, cambiante y circunstancial por lo que puede afirmarse que no hay mayor inseguridad colectiva que la derivada de una sociedad donde los ‘sospechosos’ pueden ser ‘ajusticiados’. Valga reiterar que hablar de ‘ajusticiamiento’ es inadmisibile y disparatado en términos jurídicos. Por lógica, a partir de ello quedaría abierto el camino a la venganza de quienes, a su vez, se considerarán con derecho a un nuevo reclamo –concretado por sí y ante sí– de ‘justicia’, vale decir, a volver a asesinar a quienes creen responsables del anterior asesinato”.¹²

Por ello, es necesario actuar con mayor responsabilidad social que la exhibida, advirtiendo la peligrosidad que tienen estos actos para la sociedad en su conjunto. En todo caso, debemos exhortar al Estado desde todos los lugares permitidos por la ley, a que cumpla definitivamente con el deber indelegable de garantizar la seguridad pública de todos sus habitantes, como lo señala la propia Constitución Nacional.

12. A. Drucaroff Aguiar, “‘Linchamientos’: crímenes injustificables y de alto riesgo social”, *op. cit.*, p. 13.

Linchamientos

*Leonardo Filippini**

Resumen

El artículo revisa en clave crítica una visión extendida sobre los linchamientos en Argentina que describe este fenómeno como una reacción de la ciudadanía frente a la ausencia del Estado y las deficiencias del sistema de administración de justicia. En particular, intenta señalar la ambigüedad, los problemas y los riesgos que conlleva esta concepción, así como esbozar una posible comprensión alternativa del problema.

Palabras clave: derechos humanos, linchamiento.

Lynchings

Abstract

This paper provides a critical overview of an extended understanding of the recent lynching episodes that took place in Argentina, which characterizes this phenomenon as people's reaction to the failure of state efforts to fight crime and deficiencies in the functioning of the criminal justice system. In particular, it intends to reflect some of the ambiguities, misconceptions

* Leonardo Gabriel Filippini. Abogado (UBA, 1998), Master en Derecho (Universidad de Palermo, 2004) y LLM (Yale Law School, 2006). Profesor Adjunto (int.) de Derechos Humanos y Garantías, Facultad de Derecho (UBA) y Subdirector General de Protección de Derechos Humanos de la Procuración Penitenciaria de la Nación. Agradezco la colaboración de Agustín Cavana.

and risks that are associated with this notion, as well as to provide an outline for an alternative understanding of the problem.

Keywords: human rights, lynching.

I. Introducción

La brutal golpiza a David Moreyra, de 18 años, en el barrio Azcuénaga de Rosario, en la provincia de Santa Fe, inauguró una serie de episodios brutales difundidos públicamente bajo diversos formatos pero, en general, presentados como linchamientos. Durante los primeros meses de 2014 este crimen y otros fueron cubiertos por la prensa en contextos variados y provocaron algún grado de discusión pública en torno al fenómeno, su alcance, sus posibles explicaciones, su relación con otros procesos sociales y hasta algunos limitados esfuerzos de justificación.

Entender la dinámica de generación, apogeo y –al menos así parece al tiempo de esta nota– epílogo de toda esta producción comunicacional tiene un interés en sí mismo. A primera vista, ni la cuestión de los procesos de violencia privada, ni los cuestionamientos a ciertos nichos de impunidad o al mal funcionamiento de la justicia, tan fatigados durante estos meses, han tenido una presencia consistente en el espacio de la prensa y de la comunicación. Además, al igual que ocurre con tantas otras cuestiones, la verdadera dimensión y alcance de un fenómeno, su tratamiento por la prensa y las expresiones de la política ante las genuinas expectativas y opiniones de cada uno de nosotros no son asuntos de sencilla comprensión y transitan su propio carril.

No pretendo abarcar aquí ese esfuerzo pero sí compartir cierto escepticismo inicial respecto de la efectiva existencia, en una gran parte de las manifestaciones aparecidas, de una vocación auténtica por discutir en torno a las cuestiones de nuestra vida en común expuestas por la golpiza mortal a David Moreyra. Las simplificaciones, la repetición de imágenes destempladas, la exacerbación de algunos mensajes de abierto odio y contenido discriminatorio se emparentan, bajo esta luz, con otras embestidas discursivas autoritarias que tiempo atrás podrían haberse nucleado en torno al pedido de instauración de la pena de muerte o, de modo más cercano, alrededor de reclamos de demagogia punitiva, como ha ocurrido, por ejemplo, con

las primeras críticas asparentosas al Anteproyecto de Código Penal por, supuestamente, reducir las penas de delitos que merecerían castigos graves.¹

En este contexto entonces y aunque parezca una obviedad resulta difícil evitar una palabra inicial reprobatoria respecto de los actos intencionalmente dirigidos a violentar derechos esenciales de otras personas, a fin de intentar ubicar desde el principio el enfoque de estos asuntos en torno al respeto universal de los derechos humanos de cada persona sin distinción. Tal como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como mínimo, “estos hechos son un problema tanto de justicia como de seguridad ciudadana. Es responsabilidad del Estado, a sus distintos niveles de gobierno, adoptar las medidas necesarias para que los organismos del Estado puedan afrontarlo y solucionarlo. Corresponde al Estado el deber de prevención del delito y la resolución de conflictos”.²

II. Miradas sobre los linchamientos

En este tiempo se vertieron plurales miradas sobre aquello que los linchamientos, en nuestro contexto, pueden expresar o estar mostrando. Para Marcos Novaro, por ejemplo, los linchamientos dicen bastante “de nuestra condición cívica y política, igual que los saqueos y la violencia en las canchas, o el recurso al piquete por cualquier cosa; ilustran la propensión a formar turbas para no asumir responsabilidades, el desprecio por nosotros mismos, la confusión moral en que nos coloca siempre sentirnos víctimas, y el resentimiento como casi único cemento unificador”.³

En estas líneas pretendo sólo detenerme en uno de los llamados de atención que los linchamientos parecerían ejercer sobre nuestras ideas de estado y de administración de justicia. Entre los múltiples ejes posibles de reflexión sobre el asunto, en efecto, hay uno que sugiere que puede existir algún tipo de vínculo significativo entre las carencias del estado y de su ser-

1. Por cierto, otro ha sido el enfoque de nuestra Facultad, cfr. “Declaración del Consejo Directivo de la Facultad sobre el Proyecto de Código Penal”. Disponible en <http://bit.ly/1imZVmn>.

2. CIDH, “CIDH expresa preocupación por linchamientos en Argentina”, comunicado de prensa, N°46/14, 24 de abril de 2014. Disponible en <http://bit.ly/1mJI111>.

3. Novaro, Marcos, “Linchamientos y demás ajustes de cuentas”, en *Perfil*, 6 de abril de 2014.

vicio de justicia –v. gr., la ineficacia policial, fiscal o judicial en la investigación y persecución de ciertas conductas, o su impunidad– y la tendencia de algunas personas o grupos de personas a ejercer la violencia por mano propia como sucedáneo de esa justicia estatal que se cree no llegará o, al menos, no lo hará en forma oportuna o suficiente.

De tal modo, como ha sido señalado por Amerigo Incalcaterra, aparece no sólo un posible camino explicativo, sino incluso una argumentación que justifica este tipo de actos como “producto del disfuncionamiento endémico del sistema judicial” que empujaría a la ciudadanía, agotada por la situación generalizada de inseguridad, a tomar justicia “por mano propia”⁴. Con algunos puntos de contacto con esa mirada permisiva, un fiscal ha dicho, por ejemplo, que esta forma de violencia es un síntoma de la ausencia del Estado, pues la víctima de la inseguridad siente una impotencia tal ante un hecho delictivo que genera bronca y reacciones desmedidas, y un referente político coincidió en que los linchamientos aparecen porque hay “un Estado ausente” ante una sociedad que no quiere convivir con la impunidad. Según esta visión la gente actúa por la ausencia de un gobierno que garantice el Estado de Derecho y de un sistema de sanciones que reprima las conductas al margen de la ley.

La posible relación entre las percepciones acerca del sistema de justicia, la aludida ausencia estatal y los linchamientos es sugerida, por cierto, también en varios otros contextos donde, salvando enormes diferencias, los linchamientos también llaman la atención. En Haití se ha notado que “[e]l fenómeno es visto con frecuencia como resultado de las fallas del sistema de justicia. La falta de acceso a la justicia y la falta de confianza en el poder judicial conducen a una percepción de impunidad. De acuerdo al Secretario Ejecutivo de la Plataforma de Organizaciones de Derechos Humanos de Haití (POHDDH), Antonal Mortimé, es esta desconfianza la que, a su vez, se refleja en actos de venganza pública.⁵ Respecto de la situación en México, Carlos M. Vilas señaló que “[e]l grupo moviliza su capacidad sancionadora y punitiva en respuesta a este vacío de poder estatal legítimo [...] El linchamiento es

4. Incalcaterra, Amerigo, “Linchamientos, graves violaciones a los derechos humanos”, en *La Nación*, 25 de abril de 2014.

5. Ver United Nations Human Rights, “An end to mob justice in Haiti”, 8 de mayo de 2013. Disponible en <http://bit.ly/1AWqJu>.

una reacción terrible, pero efectiva a los ojos de quienes lo cometen, para compensar ese déficit de poder estatal legítimo en los escenarios de inseguridad que ese mismo déficit contribuye a construir o agravar”.⁶

La intuición señala, en efecto, que el papel del Estado y el funcionamiento del sistema de justicia son elementos a considerar con seriedad para una apreciación del fenómeno de los linchamientos en nuestro país. Nos cuesta compartir, sin embargo, que esto pueda ser de algún valor sin alguna caracterización relativamente exigente del peso y características de estos elementos. Por ello, y aun sin pretensión de exhaustividad frente al problema, quiero resaltar algunas notas críticas respecto de cada una de estas aparentes relaciones entre la ausencia del Estado y los linchamientos y las fallas de la justicia y los linchamientos.

Respecto de la primera conexión, voy a postular la necesidad de calificar la descripción respecto de la ausencia del Estado. Existe una serie de casos desafiantes donde, lejos de una ausencia estatal parece poder predicarse, en cambio, la connivencia, auspicio o tolerancia estatal como condición relevante de algunos procesos que, sólo al costo de cierta ambigüedad, pueden describirse como actos de violencia ilegal privada.

En cuanto a la segunda relación, me parece importante desafiar la idea de una conexión tajante entre ciertos déficits judiciales y las reacciones sociales. Una incorrecta caracterización conlleva el riesgo de nutrir el obrar judicial con especulaciones endebles acerca de la posible contención o enervamiento de fenómenos de violencia particular. En ambos casos, mi modesta contribución sólo busca advertir el error de una aprehensión apresurada de un problema que compromete la vigencia de los derechos humanos.

III. Los linchamientos y la ausencia del Estado

Una hipótesis de justificación o explicación escuchada reiteradamente durante estos meses es aquella según la cual existe una relación relevante entre los linchamientos y la “ausencia del Estado”. Por supuesto, una afirmación de esta clase puede ser reconstruida de múltiples modos, pero aquí el ejercicio exige darle algún contenido y tasar la calidad de lo que ella evoca.

6. Vilas, Carlos M., “Linchamiento: venganza, castigo e injusticia en escenarios de inseguridad”, en *El Cotidiano* 2005 (131), México, p. 26.

Si para muchos en este tiempo la ausencia de Estado ha sido una proposición relevante, podemos asumir que con ello se expresa, en efecto, una idea relevante, de cierta capacidad explicativa.

Bajo su mejor luz, entonces, podría quedar sugerido que los linchamientos ocurren, o son favorecidos, debido a que los particulares no cuentan con estructuras sociales de protección y solución de conflictos a su alcance. O que hay precondiciones delictuales sobre las cuales el Estado debería actuar y no lo ha hecho, generando, en alguna medida, un escenario de posibilidad para los linchamientos.

Los problemas de este tipo de construcciones argumentales, sin embargo, son varios, entre los cuales el primero es que licúan la responsabilidad individual y la capacidad de motivación de cada persona. El texto de Novaro ayuda a ilustrar la observación, si pensamos que lejos de reflejar un Estado ausente, los linchamientos podrían mostrar, antes bien, cierta propensión a no asumir responsabilidades, el desprecio por nosotros mismos o la confusión moral en que nos coloca siempre sentirnos víctimas.

Los desarrollos más recientes, en el campo de los estudios sobre el terrorismo de Estado, sirven como punto de apoyo a la crítica de estas simplificaciones en torno al Estado que, hasta quizá inadvertidamente, colaboran a difuminar en exceso las relaciones entre el Estado y los individuos. En efecto, como indica Victoria Basualdo, en los últimos años “se produjo un giro en la producción académica sobre la última dictadura militar argentina, que pasó a centrarse crecientemente en el análisis de distintos aspectos de lo que se ha dado en llamar ‘consenso social’ en la última dictadura militar (1976-1983)”.⁷

De tal modo, contamos hoy con un caudal de producción enfocada en las conexiones entre el aparato represivo militar y los actores civiles. Esto habría iluminado, dice Basualdo, el cuestionamiento a las explicaciones que presentaban a la sociedad como víctima frente al poder dictatorial y resaltaban la responsabilidad de militantes y organizaciones armadas, poniendo énfasis sobre la necesidad de revisar el papel de la sociedad civil en su

7. Basualdo, Victoria, “Nuevas aproximaciones al estudio de la última dictadura militar: sus aportes y limitaciones para la historia de la clase trabajadora”, presentación en el IV Seminario Internacional Políticas de la Memoria “Ampliación del campo de los derechos humanos. Memoria y perspectivas”, Buenos Aires, 29 y 30 de septiembre, 1° de octubre de 2011. Disponible en <http://bit.ly/UNVD6P>.

conjunto, aunque quizá con algunas reducciones u omisiones de enfoques de otras disciplinas, al tratar a la sociedad como un todo.⁸

Del mismo modo, este recorrido analítico de las violencias graves sobre el ejercicio de derechos humanos fundamentales debe alertarnos sobre los límites de una explicación centrada en la responsabilidad primordial y única del Estado (en este caso, por su omisión o “ausencia”). Es necesaria una consideración paralela de la función y responsabilidad de ciertas conductas particulares y una apropiada discriminación de cada una de ellas. Caracterizar los linchamientos como ligados a una cierta ausencia estatal, de otro modo, puede iluminar algunos tramos relevantes del fenómeno pero al costo de emparentar a todos los actores particulares y desdibujar sus distintos papeles. Una reconstrucción así concebida, no obstante, resultaría inapropiada, entiendo, a la luz, por ejemplo, del lugar que la prensa y otros actores privados –entre ellos, sin dudas, los autores directos– han tenido con relación a los linchamientos, al menos, en la forma en que ellos se han manifestado en nuestro país.

Ciertamente, es responsabilidad del Estado, a sus distintos niveles de gobierno, adoptar medidas necesarias para afrontar y tratar de solucionar el tema. Y corresponde al Estado la prevención del delito y la resolución de conflictos, pero sencillamente es incorrecto asumir que allí se agota el problema o que con marcar esta responsabilidad estamos diciendo algo genuinamente dirimente para la comprensión del asunto.

Una segunda falencia de la idea de “ausencia” del Estado es su ambigüedad. ¿De qué modo estaría ausente el Estado? ¿Qué tipo de presencia estatal estamos reclamando con ello? El defecto de esta caracterización del problema es la indeterminación. Algo salió mal, porque algo (el Estado) falló, queda sugerido, pero con ello se dice muy poco acerca de cuál es la intervención estatal que se ha omitido o de por qué ella habría sido significativa al punto de determinar otro curso de acontecimientos.

Con todo, me interesa llamar la atención sobre un aspecto distinto al de la indeterminación. La idea de ausencia estatal podría estar eclipsando el análisis de una efectiva acción estatal, significativa para los linchamientos. El derecho de los derechos humanos ha construido ya algunas herramientas que permiten visualizar con mayor precisión ciertos matices relevantes

8. Ídem.

del obrar estatal frente a violaciones a los derechos humanos, al punto que quizá ya no sea adecuado pronunciarse en forma binaria respecto de la presencia o ausencia estatal frente a un hecho criminal, sin apelar a formas o modalidades de impregnar el contacto social.

En el escalón más elemental, el Estado está presente no sólo cuando actúa, sino cuando tolera o consiente violaciones a derechos humanos: "...el origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana, y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones".⁹

En esta misma línea, la Corte IDH también ha expresado: "La protección activa del derecho a la vida y de los demás derechos consagrados en la Convención Americana, se enmarca en el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y requiere que este adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia".¹⁰

Y ha considerado que "un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia

9. Corte IDH, Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005, para. 110.

10. Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de 5 de julio de 2004, (Ser. C) N°109 (2004) para. 183.

para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”.¹¹

Sobre estas bases descansa otro tramo de la objeción fuerte a la noción de Estado ausente. No sólo resulta una idea sumamente imperfecta por su indeterminación tanto del papel del Estado como de algunos particulares, sino que, y tal vez de modo más fundamental, con ella pueden ocultarse intervenciones activas sutiles (o no tanto) de un Estado que lejos de librar a la violencia privada un suceso, se retrae conscientemente de sus obligaciones de garantía en materia de derechos humanos.

Así como ha sido observado en el ámbito penitenciario, además de la violencia aplicada directamente por agentes estatales, hay otra forma de violencia institucional que se deja en manos de la propia población penal.¹² Esta supuesta ausencia, evidentemente no es tal, sino una acción incluso más artera que la agresión directa, que instrumenta el daño a través de las propias personas afectadas por la agresión estatal. No veo por qué, entonces, deberíamos asumir, al menos como posición inicial, la ausencia estatal en un ámbito como el derecho penal y el control de calle de sectores humildes, en el cual, por lo contrario, el Estado se suele mostrar omnipresente y poco controlado, tal como lo reflejan nuestros propios casos ante el sistema interamericano.

El resultado obtenido, además, coincide también con las prácticas más sistémicas de vulneración estatal de derechos, por ejemplo, confirmando el estereotipo de la víctima adolescente en los linchamientos.¹³ Así lo dijo la CIDH en su comunicación, cuando expresó su especial preocupación por el hecho de que, en algunos de los casos, las víctimas fueron adolescentes y, en particular, por “la percepción hacia los jóvenes, especialmente aquellos provenientes de sectores sociales tradicionalmente excluidos, como un potencial peligro para la seguridad ciudadana”¹⁴ y por la posibilidad de que “estas percepciones se traduzcan en tendencias regresivas en materia de justicia

11. Ídem, para. 140.

12. Cfr. PPN, Informe Anual de la Procuración Penitenciaria de la Nación, 2013.

13. Medina, Federico, “El estereotipo adolescente en los linchamientos”, en Agencia de Noticias sobre Infancias de Tucumán, 21 de abril de 2014. Disponible en <http://bit.ly/1sprJef>.

14. CIDH, cit.

juvenil, y en medidas de control que no se encuentren estrictamente adheridas a los estándares internacionales de derechos humanos”.¹⁵

IV. Linchamientos e inacción de la justicia

La segunda idea, que creo necesita un grado de refinamiento mucho mayor para poder ser persuasiva, es la referida a una conexidad más o menos directa entre cierta inacción o defectos de la justicia (penal) y las acciones que, supuestamente, han venido ocurriendo. En contra de esta tesisura ha habido voces claras. La jueza de la Corte Suprema, Elena Highton de Nolasco, por ejemplo, ha dicho que los linchamientos “son homicidios. No hay proporción entre el robo o el hurto de una carterera y un homicidio violento, sangriento y en masa. No creo que esto ocurra por una falta de Justicia”.¹⁶ Con todo, sobrevive la idea de que tal conexión está vigente. Mi preocupación es hacer de una primera intuición que merece confrontación y estudio un atajo argumental para la acción represiva penal.

Me atrevo a decir que este es el ejercicio argumental que subyace a algunas decisiones concretas. Y podría estar reflejada, por ejemplo en este pasaje del voto del Dr. Geminiani, quien al discrepar con el fiscal de intervención respecto de sus planteos procesales marcó que “[un] proceder licencioso de los responsables de la vindicta pública genera incerteza sobre la efectiva vigencia de la protección estatal y sobre la organización de la vida social según la definición de la ley, esto es, *anomia*, y entonces suele suceder, *como puede advertirse en la sociedad argentina de un tiempo a esta parte, que los ciudadanos retoman legítimamente la defensa de sus derechos*, con los nefastos resultados que ello necesariamente supone. [...] Sobre las obligaciones del Estado en orden a la prestación a la paz y de investigación, juzgamiento y sanción de hechos cometidos por funcionarios públicos [...] En caso de incumplimiento por el Estado con esas obligaciones, se vulnera un derecho humano, que también tiene la protección en el art. 274 del Código

15. Ídem.

16. *La Nación*, “Elena Highton de Nolasco, sobre los linchamientos: ‘No creo que ocurran por falta de justicia’”, 3 de abril de 2014. Disponible en <http://bit.ly/1pK93Up>.

Penal que impone a los funcionarios públicos promover la persecución y represión de los delitos”.¹⁷

Frente a ello, cabe reiterar las cautelas tanto acerca de la caracterización de algunos sucesos como reclamos legítimos de derechos, como respecto de su relación más o menos discernible con la suerte de algún proceso judicial. Como mínimo esto supone la asunción de una cadena de correlaciones excesivamente laxa.

En contra de esta afirmación, nuevamente, el derecho de los derechos humanos ofrece algunos elementos que reclaman un mayor cuidado. De un lado, la impunidad *de facto* de graves violaciones a derechos humanos tantas veces condenada por el sistema interamericano difícilmente pueda ser presentada junto a un correlato de acciones directas de ajusticiamiento. Por el contrario, reclamos de total justicia han estado enmarcados por persistentes demandas al sistema judicial, antes que coronados por acciones directas.¹⁸

Por lo demás, la concepción del sistema penal como una herramienta para la contención de una violencia social latente, de otro modo desbordante, también es una idea que merece una profunda reflexión, en especial, si se emplea no como justificación del papel estatal dirigido a cercenar ciertas formas actuales o inminentes de venganza privada sino como argumento preventivo de tales manifestaciones. El corazón de un juicio penal, por lo demás, es la atribución de culpabilidad o inocencia y no sencillamente evitar la violencia social.¹⁹

17. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. Causa N°1369/2013 Sala IV - “Boudou, Amado s/recurso de casación”, rta. 16 de mayo de 2014.

18. Por ejemplo, el reclamo por verdad respecto de la desaparición forzada de personas en Argentina; cfr. CIDH, Informe N° 21/00, Caso 12.059, Carmen Aguiar de Lapacó, 29 de febrero de 2000.

19. La idea aparece en Michael J. Klarman, “The Racial Origins of Modern Criminal Procedure”, *Michigan Law Review*, Fall, 2000. May 2000.

¡Vamos a saquear!

La queja por la violencia social y las falencias jurídicas, en un papiro del Nuevo Reinado egipcio

*Ricardo Rabinovich-Berkman**

“Todos dicen: no sabemos qué pasará en este país”

Lamentaciones de Ipuwer

Resumen

A partir del análisis de un papiro del antiguo Egipto, nos aproximamos a la descripción de un cuadro bastante atemporal de los desastres derivados de la subversión jurídica, política, social y económica, y consecuente conveniencia de la implantación de regímenes represivos severos.

Palabras clave: Egipto, papiro, antigüedad, conflicto, crisis, lamentaciones, literatura.

* Abogado y Doctor (UBA), Profesor Titular de Historia del Derecho, Facultad de Derecho (UBA) y de Principios Generales del Derecho Latinoamericano (CBC; UBA); Profesor Adjunto de Elementos de Derecho Civil, Facultad de Derecho (UBA). Profesor de grado y posgrado en otras universidades argentinas y extranjeras. Autor de libros, capítulos, artículos y ponencias en temas de su especialidad. Director de la modalidad intensiva del Doctorado de la Facultad de Derecho (UBA) desde 2008.

Let's plunder! The social violence and legal flaws' complaint in a New Reign Egyptian papyrus

Abstract

Departing from the analysis of a papyrus from Ancient Egypt, we approach a description of a thoroughly atemporal scene of the disasters derived from juridical, political, economical and social subversion, and the consequent convenience of the implantation of severe repressive regimes.

Keywords: Egypt, papyrus, antiquity, conflict, crisis, laments, literature.

I. Egipto

Las periódicas inundaciones del río Nilo han sido aprovechadas, por sus efectos fertilizadores de la tierra, para el asentamiento de civilizaciones de base agrícola, desde aproximadamente los años 5500 antes de Cristo. Unos dos milenios después, aparecieron las primeras hegemonías (Naqada II, Gerzeh), que tendieron a unificar la región del Nilo e intensificaron los contactos con otras culturas, especialmente africanas.¹

Sobre el 3000 a.C., en forma bastante contemporánea a la de los asentamientos en la Mesopotamia, se comienza a construir la unidad política que solemos denominar Egipto. Esto sucede con la unificación de los reinos Alto (Sur) y Bajo (Norte), atribuida tradicionalmente al faraón (título de los grandes reyes egipcios) Meni (Menes en griego). Para ese momento, ya se había establecido un sistema complejo de escritura (los jeroglíficos), que permite al historiador una mejor documentación de los hechos.

La historia político-jurídica del Egipto antiguo se integra con períodos de cierta estabilidad, tradicionalmente llamados “reinados” o “imperios” (denominación esta última que introduce un fuerte factor de transcultura-

1. Es enorme la bibliografía sobre el antiguo Egipto y no es del caso citarla aquí. Empero, como obra básica de aproximación a la cultura del Nilo, sigo considerando excelente el clásico de Adolf Erman, *Life in Ancient Egypt*, Nueva York, Dover, 1971. Por supuesto, debe ser actualizado con trabajos posteriores.

ción, y por ello es conveniente evitar). Entre ellos hubo épocas traumáticas de transición que se suelen conocer como “períodos intermedios”.

Habría, entonces, según ese esquema, tres “reinados”, llamados convencionalmente el Antiguo, el Medio y el Nuevo, y tres “períodos intermedios”. El último de estos termina con la conquista de Egipto por Persia en 525 a.C. Debe tenerse presente que esta cronología ha sido establecida por los historiadores. Es decir, que es completamente ajena a la visión que los propios egipcios antiguos tenían de su propio pasado y presente.

De hecho, en Egipto ni siquiera existía una cronología lineal. Se contaban los años de cada reinado por separado, para datar hechos concretos, monumentos, normas, etc. Ello ha generado problemas de fechados gravísimos para el historiador. Porque de algunos faraones se sabe muy poco, y de muchos no se conoce exactamente cuántos años gobernaron. De modo que se ha debido echar mano de métodos como la comparación con cronologías de otras culturas (hitita, mesopotámica) con hechos comunes, las referencias a eventos astronómicos (eclipses, pasaje de cometas) y el carbono 14.

Aun así, subsisten grandes y reconocidas dudas de datación.

II. El lamento como género literario

En aquellos “períodos intermedios” apareció una forma literaria muy interesante, vinculada directamente con la inestabilidad jurídico-política y social que se vivía. Esta suele ser conocida como “literatura de lamentos” o “lamentaciones”.²

En los exponentes de este género se describe, normalmente, un caótico estado de cosas. A menudo se lo compara con un supuesto pasado de orden y paz. A veces, se incluyen profecías de un mañana mejor. Por esta razón se habla también de una “literatura profética”. No es raro que se den consejos sobre cómo mejorar la terrible situación presente.

2. Tait, John (ed.), *Never Had the Like Occurred. Egypt's view of it's past*, Londres, UCL, 2003, passim (me han sido muy útiles para este trabajo los excelentes artículos recopilados en este libro, que puede descargarse gratuitamente en <https://keychests.com/mods/filesaveas.php?id=26311>). Todas las traducciones, cuando no se indica expresamente su autoría, son mías.

Uno de los aspectos que más impactan al lector actual de estos textos es su atemporalidad. En efecto, algunas de las quejas vertidas en las lamentaciones se han escuchado y se siguen oyendo, en formas notablemente similares, a lo largo de los milenios, y en toda la faz del planeta.

Desde siempre, ese tipo de protestas ha sido una vía para tomar contacto con la realidad jurídica. En ellas se alza el clamor ante lo que se percibe como falta de respeto al orden normativo, o total ineficacia de este. Frente a la sensación de que se destruyen las instituciones tradicionales y se quiebran las respuestas culturales que entrañaba hasta entonces el tejido social, es normal que en la comunidad surjan voces nostálgicas. Melancólicamente, recuerdan un supuesto estado de cosas anterior, asumido como idílico. Una edad de oro perdida.

No es raro que esas quejas hallen bastante eco en el grupo social del que surgen. Porque la preocupación y la angustia en cuyo molde se forjan son compartidas por sectores vastos. Tampoco es extraño que se lancen propuestas reaccionarias de restauración, incluso por medios violentos, de las estructuras abandonadas. “Revoluciones conservadoras”, por llamarlas de algún modo, signadas por el establecimiento de regímenes severos.

También suelen expresarse en estas manifestaciones odios referidos a otros grupos. Generalmente se trata de inmigrantes, de extranjeros, de “pobres enriquecidos”, de minorías religiosas. Se los responsabiliza por el colapso, o se los denuncia como aprovechadores del desorden. Como esas minorías no compartían la cosmovisión subyacente al anterior estado de cosas, ni ese orden las beneficiaba, se las acusa de no valorarlo ni respetarlo.

Nada nuevo bajo el sol.

Justamente por eso, porque en tiempos de estas obras no había noticieros televisivos apocalípticos, ni reporteros mediáticos catastróficos, ni periódicos de aquellos que parecen dedicados a incitar a sus lectores al suicidio, pero los argumentos sí estaban a disposición, me ha parecido interesante tomar uno de estos textos, quizá el más característico, como ejemplo, y analizarlo brevemente.

Tal vez, el ver cómo muchas de las expresiones terroríficas que hoy acostumbramos escuchar en la radio, repetidas luego sin fin por las personas en calles y ferias, ya se acuñaban hace milenios, en el remoto valle del Nilo, pueda ayudarnos a tomar conciencia de las coordenadas actuales de tales fenómenos.

III. El “papiro de Ipuwer”

El texto que tomaremos en este breve estudio figura en un papiro escrito, según parece, durante el “Nuevo Reinado” (según el catálogo del museo donde se encuentra, correspondería a la 18ª Dinastía, es decir, de 1307 a 1196 a.C.). Empero, el ejemplo de “literatura de lamentos” que contiene sería muy anterior. Correspondería al segundo “período intermedio”.

Por lo tanto, su composición podría ser datada en un amplio período, desde alrededor de 1850 hasta 1600 a.C. Digamos que sería, entonces, contemporáneo de la Piedra de Hammurabi. El tema que trata el texto, sin embargo, podría remontarse bastante más atrás. Correspondería, en efecto, al primer “período intermedio”. Es decir, desde cerca del 2180 hasta alrededor del 2050 a.C. Si así fuera, estaríamos en fechas coincidentes con la formulación, en la Mesopotamia, del “ciclo de Guilgamesh”, al que nos hemos referido en un artículo publicado anteriormente en esta misma revista.³

El texto que nos ocupa recibe varias denominaciones. La más común es *Las lamentaciones de Ipuwer*. También se lo llama *Admoniciones de Ipuwer* o *Diálogo de Ipuwer con el señor de todo*. Sin embargo, la obra se presenta a sí misma como “lo que Ipuwer dijo cuando se dirigió a Su Majestad el Señor de Todo”. Ese rey, se ha propuesto que podría ser el faraón Pepi II Neferkare, cuyo reinado habría comenzado sobre 2280 a.C., es decir, casi contemporáneamente con el gobierno de Guilgamesh en la ciudad mesopotámica de Uruk.

El papiro se encuentra en el Rijksmuseum van Oudheden (Museo Real de Antigüedades), en la ciudad de Leiden, en los Países Bajos. Por ello, se lo identifica como Leiden I 344 (anverso). Fue comprado por Holanda para ese destino en 1828 al enigmático Giovanni Anastasi, un aventurero comerciante sirio-armenio, que actuaba como cónsul de Suecia y Noruega en El Cairo, mientras vendía importantes piezas arqueológicas egipcias a los grandes museos de Europa.

De acuerdo con las especificaciones del Museo, es un “manuscrito hierático en el anverso [es decir, el lado del papiro en que las nervaduras de la hoja coinciden con las líneas de la escritura, como si fueran renglones] con

3. Rabinovich-Berkman, Ricardo, “El ‘ciclo de Guilgamesh’ y las primeras ideas sobre los límites al poder legítimo”, en *Pensar en derecho*, 2, 2013, pp. 283-298.

el texto de las *Admoniciones de un sabio egipcio*, en el reverso [donde las nervaduras de la hoja se disponen de modo vertical] himnos a Amón”.⁴ La caligrafía es “hierática”, una forma de escritura empleada por los funcionarios (escribas), más rápida y dúctil que la jeroglífica, aunque hasta hoy presenta grandes dificultades de interpretación y traducción.

El papiro se halla en muy malas condiciones. La mayor parte del texto falta, enormes pedazos están perdidos y hay trozos en que se conserva la escritura pero en complicadas condiciones de legibilidad. Los especialistas que han estudiado esta pieza han propuesto alternativas para completarla, algunas de las cuales son hoy aceptadas sin mayor debate, y las hemos adoptado en este trabajo (indicándolas entre corchetes).

IV. ¿Un texto histórico, literario o político?

El texto contiene las lamentaciones de un tal Ipuwer. Empero, no se poseen referencias de la existencia real de esta persona. En consonancia, actualmente crece en fuerza la creencia en que se trata de un personaje ficticio. Quienes esto aducen, consideran que su lastimero diálogo tendría por contertulio a un dios y no a un monarca terrenal.

El egiptólogo alemán Ludwig Morenz, por ejemplo, tiende a caratular a esta obra más como pieza literaria que histórica o con pretensiones de relatar un pasado o un presente reales. Destaca: “Las *Admoniciones* son chocantemente cercanas a los lamentos de las ciudades sumerias (Quack, 1997),⁵ y, de Egipto mismo, a los lamentos por los muertos”.⁶

Siguiendo a Michalowski,⁷ este profesor de la Universidad de Bonn se pregunta si el *Lamento de Ipuwer* no habrá sido, como sus pares mesopotámicos, un texto de propaganda política. “Esta percepción de la conciencia

4. <http://www.rmo.nl/collectie/zoeken?object=AMS+27>.

5. Se refiere a: Quack, Joachim Friedrich, “Die Klage über die Zerstörung Ägyptens”, Pongratz-Leisten, Beate-Kühne, Hartmut-Xella, Paolo (eds.), *Ana sadi Labnani lu allik. Beiträge zu altorientalischen und mittelmeerischen Kulturen. Festschrift für Wolfgang Röllig*, Neukirchen-Vlyn, Neukirchener, 1997, pp. 345-354.

6. Morenz, Ludwig David, “Literature as a construction of the past”, en Tait, 2003, p. 111.

7. Michalowski, Piotr, *The Lamentation Over the Destruction of Sumer and Ur*, Winona Lake, Eisenbrauns, 1989.

del peligro, que también es expresada en algunos textos literarios, puede haber contribuido al carácter autoritario del estado del Reinado Medio”, aduce, poniendo en evidencia cómo de antigua sería la relación entre la construcción o fomento de una visión aterradoradora de la realidad o del pasado y la defensa de un sistema político represivo.

“La tensión entre hecho histórico y la relacionada cosmovisión ficticia permanece, en un sentido, insoluble, al menos para los lectores modernos”, agrega Morenz.⁸

Diferente era la posición de la israelí Miriam Lichtheim (1914-2004), una de las máximas autoridades mundiales en literatura egipcia, autora de los tres monumentales volúmenes de la *Ancient Egyptian Literature* (1973 a 1980), considerada la obra maestra del género. Esta profesora de la Universidad Hebrea de Jerusalén sostenía que las *Lamentaciones* constituían una pieza literaria sin antecedentes directos, extranjeros o locales.

Coincidió Lichtheim, sin embargo, con Morenz, en lo atinente a que el texto no se basaría en hechos reales concretos. Además, en razón de lo evidentes que habrían resultado sus exageraciones para los egipcios de la época de su aparición, habría carecido de todo éxito posterior. Como consecuencia de ese fracaso, la obra habría sido olvidada, y por eso desapareció del plexo literario del país.⁹

También Barry Kemp, profesor de egiptología de la Universidad de Cambridge y uno de los especialistas europeos contemporáneos más experimentados en el trabajo de campo (dirigió por décadas las excavaciones en el crucial sitio de Tell-el-Amarna, donde se encontraba la ciudad de Ajetatén, capital del revolucionario faraón monoteísta Amenhemet IV Ajenetén), tomó partido sobre las *Lamentaciones*. Para este señero autor, se trata de un texto especulativo de literatura cortesana. Su asunto habría sido, en ese caso, el de los efectos deletéreos de todo desgobierno.¹⁰

El primer traductor de las *Lamentaciones* fue el inglés Alan Gardiner (1879-1963). Este destacadísimo profesor de Oxford, referente central de la

8. Morenz, 2003, p. 112.

9. Lichtheim, Miriam, *Ancient Egyptian Literature*, Berkeley, University of California, 1975 (v. I); 1976 (v. II); 1980 (v. III). Ver v. I (1975), p. 150.

10. Kemp, Barry John, *Ancient Egypt: Anatomy of a Civilization*, London, Routledge, 2006, 2nd ed., p. 69 y ss.

antigua lengua egipcia, volcó el texto al inglés en 1909. Al hacerlo, ofreció una interpretación completamente diferente. Consideró que se trataba de un relato histórico, escrito por un Ipuwer real, pesimista y asustado, y basado en circunstancias verdaderas por las que estaba pasando.¹¹ Estos hechos catastróficos estarían referidos al caos general resultante de las contemporáneas invasiones de pueblos asiáticos al Egipto.¹²

Hay una triste realidad. Visto y considerando que las conclusiones einsteinianas indican como imposibles los viajes en el tiempo, lo más de esperar es que nunca jamás llegaremos a saber si existió o no el torturado Ipuwer. Congruentemente, nos quedaremos en la duda acerca de si las calamidades que describe (o lo que tomaba por tales) efectivamente sucedieron, o si se trató de un mero recurso literario, o un artificio de propaganda política.

Pero para nosotros, desde el ángulo de la historia jurídica, eso no es tan relevante (aunque posea, por supuesto, interés). Tómese el punto de vista que se tome, esta obra siempre se nos mostrará poseedora de una riqueza enorme. Porque nos brindará la posibilidad de ingresar en una reflexión acerca de la realidad de la percepción de lo jurídico por parte de personas de aquella época.

En otras palabras, parafraseando a Robert Darnton, nos permitirá “hablar con los muertos”.

V. Primera parte del texto (lamentaciones)¹³

Vamos al texto. He retirado del mismo sólo los trechos que me parecieron redundantes. Es decir, aquellos segmentos que pueden poseer algún valor literario, pero resultan de muy poca o ninguna utilidad para este análisis. También he omitido los trechos demasiado dañados, de interpretación compleja, pues nada aportarían en el contexto de este artículo. En todos

11. Gardiner, Alan Henderson, *The Admonitions of an Egyptian Sage from a Hieratic Papyrus in Leiden*, Leipzig, Hinrich's, 1909, passim.

12. Erman (1927), p. 7 y ss.

13. Traduzco del inglés de <http://www.reshafim.org.il/ad/egypt/texts/ipuwer.htm>, considerando las ya citadas versiones de Lichtheim y de Gardiner. Infelizmente, mi desconocimiento de la lengua egipcia antigua me impide realizar aportes directos o criticar dichas traducciones.

esos casos, he empleado los puntos suspensivos entre corchetes. Utilizo las itálicas para volcar el discurso directo.

Al abrirse el texto, alguien, que los traductores han entendido son unos guardianes, dicen: “*Vamos a saquear [...] El aguatero se rehúsa a llevar su carga [...] Un hombre mira a su hijo como enemigo [...] El hombre virtuoso está de duelo por lo que ha sucedido en el país [...]*”.

Aparece luego la primera referencia a invasiones simultáneas de grupos extranjeros. Estos procederían, sobre todo, del Asia. Sin embargo, no parece tratarse de meros atacantes. Serían unos inmigrantes, que se habrían quedado a vivir en Egipto. “Las tribus del desierto se han vuelto egipcias por doquier”, dice el texto, en consecuencia.

Algunos han buscado en esta afirmación una referencia a episodios narrados en la Biblia, tales como la migración de los hijos de Jacob, junto con sus tribus, desde Palestina, en busca de mejores condiciones de vida. Es a menudo conmovedor cómo se han desesperado ciertos autores por hallar evidencias, siquiera mínimas, del pasaje de los hebreos por Egipto, su esclavitud, las Diez Plagas, y el monumental Éxodo subsiguiente. En vano. Y esa carencia duele más por dos razones. Por un lado, porque se trata de un relato que está en la base de toda la civilización judía, cristiana y musulmana. Por el otro, porque los egipcios eran registradores de sucesos hasta la histeria, incluso de hechos minúsculos. ¿Cómo podrían, pues, tan épicos acontecimientos, haberles pasado por completo inadvertidos?

La traducción de Gardiner en 1909 trajo un aire de esperanza, pero ese resuello no resiste el análisis. El cuadro que surge del deteriorado texto de las *Lamentaciones* en casi nada se parece al descripto en la Biblia, donde los hebreos jacobitas llegan al Nilo de cabeza baja, rogando por asilo, y con el tiempo devienen humildes obreros, para después emigrar en forma masiva, en contra de la voluntad gubernamental. En cambio, lo que se deplora en esta obra es exactamente lo contrario. Es decir, la invasión, o inmigración masiva, de grupos asiáticos, violentos y soberbios.¹⁴

Mucho más resuenan en este aspecto del texto de *Ipuwer* los posibles recuerdos de la presencia de los “hiksos”. Eran estos unos misteriosos ex-

14. Enmarch, Roland, “The Reception of a Middle Egyptian Poem: The Dialogue of Ipuwer and the Lord of All in the Ramesside Period and Beyond”, en Collier, Mark - Snape, Steven (eds.), *Ramesside Studies in honor of K. A. Kitchen*, Bolton, Rutherford, 2007, p. 174.

tranjeros, aparentemente llegados del Asia, que proporcionaron gobernantes a Egipto a partir de un momento a mediados de los años 1600 a.C. Habrían sido expulsados alrededor de un siglo más tarde.¹⁵

Refiriéndose acto seguido a contingentes armados que no responden al poder político legítimo central, el texto agrega: “El país está lleno de confederados, y un hombre va de saqueo con su escudo [...] El arquero está listo, la maldad está por doquier, no hay hombres de ayer [...]”.

Esta mención del pasado obedece a una de las características de este tipo de literatura: la comparación del presente, pintado como un caótico infierno, con supuestas épocas anteriores de paz, estabilidad y riqueza. Es muy posible que, en lugar de ser una concreta referencia a un tiempo pretérito concreto, el cotejo fuera con un estado de cosas ideal, tenido por correcto y deseable.

“Realmente, el Nilo inunda, pero nadie ara esos campos”, prosigue el texto. Recordemos que la riqueza agrícola de Egipto dependía de las inundaciones fertilizadoras del río. Pero esas anegaciones sólo se aprovechaban si, bajo un marco de orden jurídico y político, los labriegos podían trabajar los campos al retirarse las aguas. Desperdiciar las crecidas del Nilo es, pues, visto como el colmo de la estupidez y la desidia, generado a causa de la anarquía.

“Todos dicen: *no sabemos qué pasará en este país*. Realmente, las mujeres son estériles y ninguna concibe [...]”. Esta vinculación de los desastres naturales y el caos socio-jurídico con la esterilidad femenina (tanto de las mujeres como de las hembras de los rebaños) no es extraña en la cosmovisión de los pueblos antiguos. Aparece, por ejemplo, en la Grecia clásica. Es coherente con la visión del cosmos como un todo, donde se incluyen lo humano y lo físico, característica de esas culturas.

Sobreviene luego un tema reiterado hasta el cansancio en el texto, con cantidad de imágenes diferentes, que muestran hasta qué punto interesaba la cuestión al autor: “Realmente, hombres pobres se han transformado en dueños de caudales, y aquel que ni sabía hacerse sus propias sandalias posee ahora riquezas”.

15. Erman, Adolf, *The Literature of the Ancient Egyptians: Poems, Narratives and Manuals of Instruction*, from the Third and Second Milennia B. C., London, Methuen, 1927, p. 7 y ss.

La insistencia sobre este punto permitiría colocar al autor como miembro de las clases poderosas tradicionales. Por lo menos, como adalid del pensamiento conservador. En realidad, no se entiende bien cómo se vincula esta cuestión con el cuadro violento general descrito. Más parecería que se trata de una de aquellas ubicuas quejas contra los “nuevos ricos” que, curiosamente, caracterizan más a los contextos de crecimiento económico que a los de depresión.

“En verdad, esclavos de hombres, sus corazones están tristes [también se traduce “son codiciosos”] y los magistrados no fraternizan con su pueblo cuando gritan. De hecho, son violentos,¹⁶ hay pestilencia por la tierra, sangre por doquier, no falta la muerte, y las vendas de momificar hablan antes de que uno se les aproxime.”

Se introduce así la cuestión de la muerte, los ritos funerarios y el mundo posmortal. Es menester tener presente el lugar central que en la cultura egipcia ocupaba la vida de ultratumba. Esta requería de una sepultura adecuada. “Realmente, muchos muertos son sepultados en el río; la corriente es un sepulcro y el sitio de embalsamar se ha transformado en una corriente”, dice el texto.

Esta imagen de los cuerpos arrojados al Nilo debe haber sido especialmente horrenda para un habitante del Egipto antiguo.

“En verdad, los nobles están en desgracia mientras el hombre pobre está lleno de felicidad”. Y aparece la temida proclama revolucionaria: “Cada ciudad dice: *suprimamos a los poderosos de entre nosotros* [...]”.

Es un claro llamado a subvertir el orden jurídico-político, a derrocar a los gobernantes por su corrupción y su incapacidad de poner orden en medio del caos, de hacer valer las normas vigentes: “De hecho, la tierra se revuelve como la rueda del alfarero. El ladrón posee riquezas [...] El pobre hombre dice: *¡Es terrible! ¿Qué he de hacer?*”.

“En verdad, el río es sangre, pero los hombres beben de él [...]”. Como se ha hecho notar con referencia a la imagen bíblica del Nilo transformado en un río de sangre, las inundaciones, cuando eran muy grandes, traían una tierra de color rojo que hacía que las aguas parecieran ensangrentadas.¹⁷ En

16. Al parecer, el texto se refiere aquí a las personas en general, no a los magistrados.

17. Kitchen, Kenneth Anderson, *On the reliability of the Old Testament*, Grand Rapids, Eardmans, 2003, p. 249 y ss.

esas oportunidades, debía evitarse beber de ellas. Quizá a ese fenómeno se hiciera referencia en este segmento.

Otros intérpretes, como la danesa Greta Horth, han vinculado la coloración roja del Nilo con la presencia de la bacteria del ántrax en las aguas.¹⁸ Tesis que fue descalificada por Swiderski en su *Historia del ántrax*.¹⁹ Sin embargo, todas esas exégesis están severamente biseladas por el relato del Éxodo (7: 17-21).

Si omitiéramos esa historia, y leyéramos a *Ipuwer* sin el preconcepto bíblico, la idea de las aguas del río teñidas de sangre resultaría una elocuente imagen, bastante común, por otra parte, hasta el día de hoy, y en muchos idiomas, de una situación de violencia generalizada y falta de funcionamiento de un sistema normativo.

Sigue el texto: “Realmente, puertas, columnas y muros son quemados, mientras la sala del palacio permanece firme y resiste [...]”. Esta frase cobraría un mayor sentido si adoptáramos la interpretación de que las quejas de Ipuwer, personaje real, hubieran sido dirigidas a un faraón, también verdadero, y no a un dios. Sin embargo, también en este último caso, la idea conservaría valor.

Lo que se muestra, aparentemente, es que el monarca está a salvo del caos, alejado de lo que sucede en el país. Por eso, no conoce esa catastrófica realidad, cree que todo funciona bien, y de allí la necesidad que Ipuwer tiene de informarlo. Por supuesto, también estaba la posibilidad de que el gobernante supiera perfectamente del desastre, pero no le importase demasiado. Cualquiera de estas alternativas es común en este tipo de discursos.

“El hijo de la señora se ha transformado en el hijo de la sirvienta [...] Realmente, los grandes y los pequeños dicen: *Ojalá pueda morir*. Los niños pequeños dicen: *No debieron haberme hecho vivir*. En verdad, los hijos de los príncipes son estrellados contra las paredes y los niños de brazos son enterrados en las regiones altas [...que es donde los egipcios solían hacer las sepulturas, para salvarlas de las inundaciones del Nilo...]”.

18. Hort, Greta, “The Plagues of Egypt”, en *Zeitschrift für die Alttestamentliche Wissenschaft*, v. 69, 1957, pp. 84-103 y v. 70, 1958, pp. 48-59.

19. Swiderski, Richard M., *Anthrax, a History*, Jefferson, McFarland, 2004, p. 63 y ss.

La referencia a los hijos de los príncipes fue otro de los factores que hicieron pensar en las Diez Plagas bíblicas. Pero menester es reconocer que la relación es demasiado remota.

“En verdad, lo recto cubre el país nominalmente, pero lo que los hombres hacen creyendo en el bien es equivocado”. Esta frase es extraordinaria, y podría haberse aplicado a innumerables situaciones a lo largo de la historia y en incontables regiones del mundo. Nótese que la cuestión no es el incumplimiento de las normas ni el desprecio de los principios. El tema es que los criterios estén equivocados y las normas estén desviadas de la rectitud. De modo que los hombres, por obedecer lo ordenado, creyendo que esa obediencia es lo bueno, acaban haciendo el mal.

No es raro que las quejas ante el quiebre de la estabilidad jurídico-política tomen como uno de sus puntos centrales el desprecio o violación de la propiedad privada. Este suele ser, por otra parte, uno de los primeros aspectos que se atacan y caen al relajarse las estructuras represivas. Quizás debería reflexionarse más al respecto, y en especial acerca de cómo las fuentes muestran hasta qué punto se trata de un “derecho” basado en la fuerza y la represión.

El texto dice: “De hecho, los fugitivos se disputan los despojos del ladrón, y toda su propiedad le es quitada [...] los caminos son vigilados: los hombres se sientan en los matorrales hasta que el viajero nocturno llegue, a fin de robarle su carga, y lo que trae le es quitado. A él, lo matan a golpes de palo [...]”, concluye, trayendo otro elemento característico de este tipo de literatura, que es la queja amarga por la desaparición de las represiones penales. El lamento ante la relajación del castigo establecido para los delitos.

Por supuesto, si vemos a *Ipuwer* en la clave de propaganda política, se trata de una justificación para el orden represivo extremo del Reinado Medio.

“¡Ojalá hubiera un fin para la humanidad, sin concepción, sin nacimientos! Entonces la tierra estaría en silencio y no habría más tumultos [...] El granero está vacío y su guardián está arrojado sobre el suelo, ¡un feliz estado de cosas!”, dice, y de repente nos asombra: “Ah, si hubiera alzado yo mi voz en ese momento, de modo que me hubiera salvado del dolor en que me encuentro”.

Este lamento parece referido al propio *Ipuwer*. Suena a un llamado a los súbditos para que se quejen. Para que se animen a denunciar este tipo de situaciones desde un primer momento. Por ejemplo, las inmigraciones de

extranjeros desde que empiezan, cuando son pocas personas, o el ascenso social desmesurado, antes de que sea demasiado tarde. Esto mostraría una función no histórica sino admonitoria del texto.

“Realmente, los escritos del Concejo Privado son robados y los misterios que en él había son desnudados.” Esta referencia, como la que viene a continuación, es de riquísima importancia para la comprensión sociológica y la aprehensión psicológica de estas construcciones jurídicas antiguas, a veces vistas de un modo tan diferente del nuestro. Expresa con claridad la creencia en el poder de lo secreto, de lo iniciático, como resguardo de la fuerza de las normas del derecho. Ese “misterio” que rodeaba, según el autor del texto, a las decisiones y al funcionamiento del Concejo (es decir, de los más altos círculos jurídicos del poder) era esencial para que se respetasen sus órdenes. Perdido ese secreto, se diluye su potestad.

“En verdad, se divulgan los hechizos mágicos, un tipo de hechizos y otro tipo de hechizos²⁰ son frustrados porque los hombres los recuerdan”. En el Egipto antiguo se creía abierta y reconocidamente en el poder de la magia. Esto no debería parecernos tan raro, pues ocurriría en el mundo “Occidental” hasta no tantas décadas atrás (y aún sucede en muchos ámbitos culturales). Por lo tanto, era imprescindible tomar partido desde el orden jurídico a su respecto. En Europa y la América europea, por ejemplo, se adoptó una posición militante de rechazo y de persecución, endilgando a Satán y a sus acólitos la fuerza efectiva de esos conjuros.

En Egipto la postura fue muy diferente. Se reguló la hechicería como una actividad bastante poderosa, pero ni buena ni mala en sí (quizás, incluso, más buena que mala), sino como un arma, cuyo uso debía ser controlado.

La referencia final del párrafo se explica porque el poder de una fórmula mágica residía, en gran parte, en el secreto de su conocimiento. Si se la difundía, si se tornaba conocida por su reiterado uso, perdía su poder. El autor del texto se queja de que, a causa del colapso jurídico que describe, los hechizos ya no sirven.

Acto seguido, pasa a referirse a la violación de los registros inherentes a la propiedad de los inmuebles y de los granos. Recordemos que la reserva

20. El texto mencionaba unos hechizos concretos, pero los estudiosos no se han podido poner de acuerdo en descifrar a cuáles se refiere.

de estos últimos era una de las bases de la economía egipcia. El grano no era guardado para su distribución pública, sino que los propietarios lo estibaban a fin de comercializarlo después. Según el texto, el caos en que se vive permite que quien lo desee entre sin más en los graneros y se lleve el cereal acumulado ajeno. Obsérvese el final del segmento, con su dejo de temor (si se permite el anacronismo) al comunismo:

“Realmente, las oficinas públicas son abiertas y sus inventarios son robados; el siervo ha devenido amo de siervos. De hecho, [los escribas] son asesinados y se roban sus escritos. ¡La desgracia se debe a la miseria de esta época! En realidad, los registros de los escribas del catastro son destruidos, y el grano de Egipto se ha vuelto propiedad común”.

“De verdad, las normas del Concejo han sido derogadas; realmente, los hombres las pisotean en sitios públicos y pobres hombres las rompen en las calles [...]”

Estas imágenes son muy gráficas, por cierto. Seguramente se refieren a las inscripciones que se hacían de las normas jurídicas en piedras, para su exhibición pública. “Sí, la sala del Gran Concejo es un sitio de recreo popular y los pobres ingresan en las grandes mansiones [...]”.

“Observad: ha sucedido que la tierra ha sido privada de la realeza por unos pocos hombres que desconocen las normas [...] los secretos de los reyes del Alto y del Bajo Egipto son divulgados [...] Mirad: la tierra se ha enredado en confederaciones, y el cobarde quita su propiedad al hombre valiente [...] Observad: los magistrados de la tierra son expulsados [...] son echados de los palacios”.

VI. Segunda parte: el texto “mesiánico” o “profético”

Después de un espacio severamente dañado, el carácter del texto cambia. Se inicia una parte bastante misteriosa, que ha generado y sigue ocasionando problemas de interpretación. Se ha hablado de “mesianismo” o de una pieza “profética”. Aparentemente, tras la descripción del caótico estado en que la sociedad se encuentra, el autor pasa a describir a un monarca que ha de gobernar rectamente el país y restaurará el orden jurídico perdido.

“Él trae frío sobre el calor. Los hombres dicen: Él es el pastor de la humanidad, y no hay maldad en su corazón. Aunque su rebaño es pequeño, él se pasa el día recogiénolo, pues sus corazones arden.”

Esta imagen del pastor, referida al gobernante, era muy corriente ya en la Mesopotamia. Quizás hubiera venido con los invasores asiáticos, o se debiera a la ya referida influencia de la literatura sumeria de lamentaciones.

“Ah, si hubiera él percibido su naturaleza desde la primera generación, entonces él hubiera impuesto obstáculos, hubiera alzado su brazo contra ellos, hubiera destruido su semilla.”

Este oscuro segmento, referido a la extirpación de la maldad por parte del “mesías” en cuestión, hace pensar que tal vez se tratase de un dios, y no un gobernante humano.

“Los hombres desean dar a luz, pero la tristeza prevalece, con gente necesitada por doquier. Así es, y así seguirá siendo mientras los dioses que están en medio de esto existan [...]”, prosigue el texto. Su autor deja bien esclarecido que la subversión del orden jurídico, social, económico y religioso es la causante de la pobreza y del hambre. Con un sistema restablecido, donde los que siempre han sido ricos vuelvan a serlo, la propiedad se respete y los delitos se castiguen duramente, desaparecerá el hambre y terminará la tristeza. La comunidad de granos y bienes resultante del caos no ha redundado en el bienestar general, sino en la desgracia generalizada.

Sigue otro tramo extraño: “El combate ha continuado y aquel que debería ser un redentor de males, los comete; tampoco los hombres actúan como pilotos en su hora de deber. ¿Dónde está él hoy? ¿Duerme? Observad: su poder no se ve [...]”.

No sabemos si estas ácidas críticas se dirigen al faraón real, o al “mesías” esperado por el autor del texto. Es clara, en todo caso, la contradicción entre el ser caótico, generado por una realidad descontrolada, y el deber ser de orden y aplicación de las normas jurídicas.

Esta incertidumbre se prolonga en el segmento que viene a continuación: “La autoridad, el saber y la verdad están contigo, pero es la confusión lo que pones sobre el país, y el ruido del tumulto. Mira: cada uno trae daño al otro, pues los hombres se adecuan a lo que has ordenado. Si tres hombres viajan por el camino, se encuentra que eran sólo dos, pues los muchos matan a los pocos [...]”.

“¿Desea la muerte un pastor? Que entonces se cumplan tus órdenes, porque eso significa que uno ama y otro detesta, significa que su número se reduce en todas partes, significa que has actuado de modo que estas cosas pasaran. Has contado mentiras y la tierra es una maleza que destruye hombres, nadie puede contar con su vida. Todos estos años son de lucha, y

un hombre es asesinado en la cima de su casa, aunque vigilaba en la garita de su puerta. ¿Y si es valiente y se salva? ¡Entonces vivirá! [...]

Con terrible dureza, el alegato de Ipuwer indica que la clave para sobrevivir en medio del desastre no está en creer en el derecho y respetarlo. Al contrario, el remedio individual sería recurrir de modo oportuno a la violencia, y hacerlo bien. Es decir, prevalecer en la brutalidad sobre el agresor.

“Cada uno lucha por su hermana y salva su propia piel. ¿Son los de Nubia? Entonces nos cuidaremos solos; muchos guerreros se hacen para defenderse de los extranjeros. ¿Son los libios? Entonces huiremos [...]

El autor del texto es claro. La falta de instituciones y la pérdida del orden jurídico llevan a armarse en la defensa propia y de los propios seres queridos. Esta respuesta, a su vez, aumenta el cuadro de violencia generalizada.

Y en esa misma línea argumental termina el documento: “*¿Cómo es que cada hombre mata a su hermano? Las tropas que creamos para nosotros se han transformado en extranjeros y se han dedicado al saqueo. De esa manera ha sucedido que los asiáticos se han informado del estado del país, toda la gente del desierto está poseída por el miedo*”.

Porque, en efecto, hay evidencia de que la “invasión” de los asiáticos en realidad se produjo por medio de un paulatino ingreso de personas, familias y grupos de inmigrantes, que llegaban a Egipto en busca de mejores condiciones de vida. Entre estas gentes, habría habido mercenarios, que ocuparon puestos militares, encumbrándose, con el tiempo, en el poder castrense.²¹

VII. Conclusión

Sostiene Enmarch que la traducción que el egiptólogo Erman realizara de *Ipuwer* influyó en la política alemana desde la década de 1920 y que esa influencia puede notarse tanto en el discurso antimarxista de Hans Delbrück y Karl Jaspers como en el opuesto de Bertolt Brecht. Este último, coherentemente, introdujo textos tomados de esa fuente en su drama *El círculo de tiza caucasiense*, colocándolos en boca de Azdak, uno de los protagonistas, para elogiar la rebelión social. También encuentra Enmarch huellas de las

21. Hawkes, Jacquetta, *The World of the Past*, Nueva York, Random, 1963, p. 444.

Lamentaciones en la tetralogía *José y sus hermanos* de Thomas Mann (1933-1943) y en el novelista egipcio Naguib Mahfouz (1911-2006).²²

Hay más aún. Recientemente, en 2005, la prestigiosa médica psicóloga estadounidense Luticia Santipriya ha publicado un libro intitulado *Las crónicas de Ipuwer: una secuencia narrativa sobre la guerra espiritual (plenamente anotada)*. En dicho libro, esta profesora de Harvard especializada en bioética y epidemiología, vincula el texto egipcio que nos ocupa con la invasión de Irak liderada por el gobierno de George W. Bush. La relación la hace por el lado de la exhibición de un cuadro apocalíptico de terror, como propaganda para justificar un régimen de represión extrema.²³

Como se ve, *Ipuwer* ha dado mucha tela para cortar, y seguramente la seguirá ofreciendo. Porque el esquema que refleja, tanto en su espeluznante descripción de una realidad de derecho subvertido y anomia destructora, como en su esperanzada “solución” mesiánica basada en un sistema conservador a ultranza, que funcione en base al rigor punitivo y la fuerza pública descarnada, se ha visto, a lo largo de los siglos, muchas veces y en muchos sitios.

Hoy, en la segunda década del siglo XXI, en medio de confusos predicados desparramados por los medios masivos de difusión y los referentes políticos, creo que reviste un especial interés (y un indiscutible sabor) la lectura de este papiro tres veces milenario.

22. Enmarch, 2007, pp. 172-173.

23. Santipriya, Luticia, *The Ipuwer Chronicles: A Narrative Suite on Spiritual Warfare (Fully Annotated)*, Nueva York, Sunrise, 2005, passim (la autora es, además, hija de una reconocida coleccionista de objetos egipcios antiguos, Evangelist Sabarah Israel, una de las primeras intelectuales negras de los Estados Unidos).

Artículos recibidos por convocatoria abierta

Intervención judicial frente a una grave violación de derechos humanos en un lugar de encierro: el caso de la masacre en el Pabellón Séptimo

*Claudia Cesaroni**

Resumen

El 14 de marzo de 1978 se produjo una violenta represión en el Pabellón Séptimo de la Cárcel de Devoto (Unidad 2 del Servicio Penitenciario Federal); como consecuencia murieron asfixiados, quemados y/o baleados al menos sesenta y cuatro presos “comunes”. La intervención de la Justicia Federal y de Instrucción se limitó a convalidar la construcción penitenciaria sobre los hechos, y a treinta y cinco años de sucedida, la masacre en el Pabellón Séptimo continúa impune.

Palabras clave: cárcel, dictadura, masacre, servicio penitenciario federal, represión, violaciones de derechos humanos.

* Abogada (UBA), Magíster en Criminología (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Autora de *Masacre en el Pabellón Séptimo* (en imprenta), *La vida como castigo. El caso de los jóvenes condenados a prisión perpetua en la Argentina* (Editorial Norma, 2010) y *El dolor como política de tratamiento. El caso de los jóvenes adultos presos en cárceles federales* (Fabián Di Plácido, 2009). Presidenta del Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos (CEPOC). Directora del Proyecto de Investigación *De Motín de los colchones a Masacre en el Pabellón Séptimo: Sentido, homenaje y denuncia*. Docente en universidades nacionales del Comahue, Rosario y La Pampa. Docente a cargo del *Taller de investigación histórica sobre la cárcel de Devoto*, en el marco del Programa de Extensión Universitaria de la Carrera de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA), Centro Universitario de Devoto; ccesaroni@yahoo.com.

Legal action against a serious violation of human rights in a place of imprisonment: the case of the Slaughter in the Seventh Block

Abstract

On March 14, 1978 there was a violent crackdown in the Seventh Block at the Devoto Prison (Unit 2 from the Federal Prison Service), as a result at least sixty-four prisoners from the general population died suffocated, burned and/or shot. The federal judicial intervention and instruction was limited to validating the prison cover up of the facts. Thirty-five years later, the Slaughter at the Seventh Block remains unpunished.

Keywords: jail, dictatorship, slaughter, Federal Prison Service, repression, Human Rights violations.

I. Los hechos del 13 y 14 de marzo de 1978

En la noche del lunes 13 de marzo, Jorge Omar Tolosa estaba mirando televisión junto con otros compañeros en el Pabellón Séptimo de la cárcel de Devoto, un espacio pensado para un máximo de setenta presos, donde había ciento sesenta y uno. A las 23.30 llegó el celador del pabellón, Gregorio Zerda, para avisar quiénes eran los presos que tenían que ir a Tribunales a la mañana siguiente. Zerda se acercó a la reja, y con tono agresivo y altanero, gritó: “¡Atender, bajen el volumen del televisor, boletas del Palacio!”. Nadie le hizo caso, y cuando insistió, alguien le contestó que lo apagara él, y Tolosa le dijo que estaban mirando una película y que faltaba un rato para que terminara. Zerda dijo que sus órdenes estaban para cumplirse, que no se discutían, pero nadie apagó el televisor. Entonces llamó a un muchacho, le entregó el papel con los nombres de los presos que iban a Tribunales, subió a la pasarela, y desde allí reiteró la orden de apagado. Tolosa volvió a decirle que los dejara en paz. Varios de los presos sobrevivientes cuentan que estaban disfrutando de la película. Algunas versiones dicen que Zerda, después de apagar el televisor, se fue. En otros testimonios no se dice que lo apagó, sino que ordenó a Tolosa salir, y que ante su negativa, lo amenazó: “Ya vas a ver”. Lo que es seguro es que dejó el pabellón rumiando bronca, decidido a hacerle pagar a Tolosa la afrenta de haberlo desobedecido y humillado

delante de todos. Así es que, en vez de dejar pasar el incidente, corrió a contárselo al Inspector de la Planta 2, Adjutor de 2da. Hermenegildo Quintana, y al Jefe de Turno de Seguridad Interna, Subalcaide León Guinnard.

A las 2.45 de la madrugada, los tres, más el adjutor principal Jorge Alcorta y el adjutor Alberto Gómez, fueron a buscar a Tolosa, “con el objeto de tomarle declaración al interno y confeccionar el parte respectivo”, según dice Guinnard en su declaración testimonial del 20 de marzo de 1978: “consecuentemente, le indica al interno que debía interrogarlo por el incidente que había producido, para lo cual le requirió que lo acompañara a la celaduría, negándose el interno de muy mala manera, manifestando ‘que lo dejen vivir tranquilo, que no rompan las pelo..., que no hiba (sic) a salir del pabellón’, ante tal actitud el declarante optó por retirarse del pabellón. Debido a lo dicho confeccionó el acta de sanción del interno TOLOSA elevándola a la División Seguridad Interna como es de rutina...”.¹

Esa madrugada, cuando se despertó después de que lo patearan con un borceguí, Tolosa se negó a parlamentar con la patota que fue a buscarlo, y pidió que lo dejaran tranquilo. No hubo golpes, ni agresiones a los cuatro funcionarios que ingresaron, ni nada que pusiera en riesgo su seguridad o la de la institución. Todo podría haber terminado allí, postergando la aplicación de la sanción hasta el momento en el que Tolosa tuviera que salir por algún motivo. O dejarlo pasar, como se dejan pasar cientos de hechos que suceden en la cárcel. “Ya te vamos a agarrar”, le dijeron a Tolosa, y se fueron, porque el griterío estaba despertando al resto.

Después del episodio de las 3 de la mañana, el pabellón séptimo siguió su rutina. La mayoría dormía, algunos se preparaban para salir a trabajar o a Tribunales.

Finalizado el recuento diario, entre las 8 y las 8.15, en medio de gritos ensordecedores, ingresó la temida e inesperada requisita. Salvo Tolosa y sus compañeros más cercanos, que suponían que podía suceder, el resto se sorprendió, porque habían tenido esa desagradable visita el viernes anterior, todavía no había pasado una semana, y el lapso entre requisitas era habitualmente de diez días.

1. Acta de declaración testimonial del Subalcaide León Oscar Guinnard, foja 337, Causa 12.416, Juzgado Nacional de Instrucción N°28.

El procedimiento habitual consistía –consiste– en la llegada de un cuerpo de veinte a treinta integrantes de la División Seguridad Interna, Sección Requisa, pertrechados con palos llamados “barroteros”, porque se usan para golpear los barrotes y verificar que estén enteros; y otros con una punta de metal llamados “baldoseros”, porque se usan para meterlos entre las juntas de las baldosas, con el objeto de encontrar posibles túneles. Al oír el silbato que anuncia la llegada de la requisa, los presos deben dejar de inmediato todo lo que estén haciendo, y correr con las manos detrás de la cabeza al fondo del pabellón. En un espacio sobrepoblado, ocupado por camas, calentadores, ropa colgada, calzado, termos, pavas y colchones en el piso, esas corridas invariablemente terminan con varios presos caídos y pisoteados por el resto, o golpeados por el personal penitenciario, que los arrea mientras les grita “¡delincuente, asesino, cachivache!”. Conviene no caerse, y correr rápido, tratando de no ser aplastado por los que van llegando. Cuando eso termina, cada preso debe esperar, sin mirar ni por un segundo para atrás, que uno de los penitenciaros le toque el hombro, para recién entonces salir corriendo hacia donde están sus objetos, tirados en el piso. Allí, debe sacarse toda la ropa, muy rápidamente, mostrársela al personal, y una vez que se la revisaron, tomar todo –ropa y objetos, reunidos sobre una frazada–, y salir corriendo al patio. Cuando termina el procedimiento con todos y cada uno de los presos, vuelven a entrar, a tratar de ordenar el desastre. Todos los relatos, libros, testimonios que describen las requisas se detienen en su violencia sobre los cuerpos, y en la escena del después: la yerba mezclada con la harina, la ropa manchada con aceite, los papeles, libros, cartas y fotos, rotos y mezclados.

Esa era la violencia habitual y soportada. A nadie se le ocurría quejarse por encontrar sus objetos personales destruidos, o su ropa arruinada. Tampoco, por los empujones, o palazos en las piernas, que eran parte de la rutina. Pero ese martes 14 de marzo fue distinto: el cuerpo de requisa ingresó directamente a buscar a sus presas, y para eso, exhibió una inusual violencia. Inusual aun para quienes estaban acostumbrados a recibir palos como parte de la rutina carcelaria. Los sobrevivientes describen esa diferencia con la violencia de una requisa común. Antes de compartir algunos de los testimonios, volvemos a recordar que esos testimonios fueron tomados por personal penitenciario, el mismo día, o durante los días siguientes a la masacre. En cada caso indicamos las iniciales de nombre y apellido del

declarante –cuyos datos completos se encuentran en la causa judicial–, su edad, y el lugar donde se le tomó declaración.

Sobre el modo en que ingresó la requisa, y con qué objetivos, estos son algunos de los testimonios:

- Lo fueron a buscar a Tolosa, ya que este había dicho que si no es por una requisa, no lo sacaban. (J.J.R.B, 22 años, declaración “espontánea” tomada por personal penitenciario el 29 de marzo de 1978 en el Instituto del Quemado).
- (Responde) que se levantó como todos los días, que el ambiente estaba tranquilo, y que fue a prepararse el mate, que en eso estaba cuando llegó la requisa, y que entró a pegar y a tratar de sacar al Pato Tolosa, que en los meses que estaba adentro, la Requisa jamás les había pegado pero quizá el celador agrandó todo y la Requisa vaya a saber qué pensó. (C.A.J.A., 24 años, declaración “espontánea” tomada por personal penitenciario el 3 de abril de 1978 en el Hospital Alvear).
- Que dicha requisa ingresaba con el fin determinado de sacar del pabellón a un interno TOLOSA y a otros más... (Miguel Ángel Castro, 19 años al momento de los hechos, su hermano Mario Raúl Castro murió en el Pabellón Séptimo, él declara en 1978 ante personal penitenciario, y nuevamente en 1984, en sede judicial, cuando se reabre la causa. Falleció en 2004 en un tiroteo con la policía. Sobre su hermano Mario, cuenta un sobreviviente: “Había algunos muchachos que no soportaban el ardor, hay un muchacho, creo que falleció después en el hospital: Mario Castro se llamaba, estaba quemado completamente, los brazos, la cara, el pecho. Yo lo veía rojo, lo único que veía era rojo. Sé que estaba quemado completamente, estaba llorando constantemente...”).²
- Ingresó el cuerpo de requisa golpeando a los internos. (J.R.CH., 29 años, declaración “espontánea” tomada por personal penitenciario el 21 de marzo de 1978 en el Hospital Alvear).
- ...explicó que se levantaron como de costumbre y que luego del recuento y ya cada uno en su rancho suena el pito de requisa que ya había ido el día viernes anterior al pabellón. Recuerda que cuando sonó el pito de la

2. Testimonio de Horacio A. S., en Neuman, Elías, *Crónicas de muertes silenciadas*, Buenos Aires, Bruguera, 1987, p. 110.

requisa todo el mundo fue rápidamente al fondo del pabellón, pero que el ingreso del personal penitenciario no era como de costumbre ya que ingresaron en mucha mayor cantidad de lo habitual –calcula que unos sesenta hombres– y tampoco lo hicieron en la forma habitual ya que comenzaron a atacar a los internos a palazos. (N.O.C., 26 años, declaración prestada ante el juez federal Guillermo Rivarola, el 4 de abril de 1978, en el Instituto del Quemado).

- ...escuchó el silbato de la requisa y salió corriendo hacia el fondo del Pabellón, pero se quedó parado junto con los otros compañeros en el medio del mismo para detener la entrada de la requisa al pabellón, que entró dando golpes a los internos... (R.R.C., 28 años, declaración “espontánea” tomada por personal penitenciario el 29 de marzo de 1978 en el Instituto del Quemado).
- Que recuerda que el día 14 de marzo de 1978 el deponente junto con los demás internos se encontraba desayunando en el pabellón siete, cuando de repente entró la requisa, sin anunciarse. Aclara que cuando entra la requisa previamente toca un pito, y en ese momento no lo hicieron y entraron unos cuarenta o cincuenta guardias golpeando a todos los que allí estaban con gomas y palos. (J.R.D., 25 años al momento de los hechos, declaración prestada en sede judicial en 1984).

Las declaraciones del casi centenar de presos sobrevivientes cuentan lo mismo: una requisa inusualmente violenta, que fue a buscar a Tolosa y sus compañeros. Y todos también cuentan cuál fue la respuesta de los presos, primero de un grupo –el de Tolosa, acompañado por unos treinta más–, y luego de casi todos: resistir y correr a la requisa para afuera del pabellón. Amontonaron camas en el medio del pasillo, a mitad del pabellón, para cortar el paso a los penitenciaros, y comenzaron a tirarles con lo que tenían a mano: desde papas hasta planchas. Los presos tenían superioridad numérica de, al menos, 3 a 1, y los penitenciaros no estaban armados, salvo con sus palos, pero a nadie se le ocurrió encerrarlos o tomarlos como rehenes: lo único que querían era evitar que les siguieran pegando, y Tolosa y sus compañeros más cercanos, impedir que se los llevaran del pabellón en esos términos. En pocos minutos, y por decisión de su jefe Sauvage, los penitenciaros se fueron, y cerraron la reja. Pero protegieron su retirada disparando gases lacrimógenos. La escena se desarrolló en menos de quince minutos: el ingreso de la turba enloquecida, pegando palazos y pretendiendo llevarse

a Tolosa y compañía; la corrida de una parte de los presos para el fondo del pabellón; las camas corridas en el medio, y la retirada de los penitenciarios, protegiéndose de lo que les tiraban los presos, y estos, esquivando los disparos que llegaban desde la pasarela. Mientras eso sucedía, y eran corridos –y hay que detenerse en la escena, en lo que significa, en cualquier momento histórico, que los presos corran a los penitenciarios, pero mucho más, en marzo de 1978, en una cárcel en la que había unas mil presas políticas, y un número indeterminado de presos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, en una cárcel, por lo tanto, donde la corrida a los penitenciarios federales sería conocida en menos de cinco minutos, no sólo por el resto de presos y presas,³ sino por la línea de conducción que llegaba hasta las autoridades del Primer Cuerpo del Ejército de la que dependía la institución. Era una rebeldía inaceptable, una alteración del orden que no se podía tolerar. María del Carmen Sillato resume: “... el penal se había endurecido hasta tal punto que una sola sospecha de insubordinación podría resultar en severísimos castigos”.

Y así fue: primero, disparos con pistolas lanzagases. Dentro de un pabellón sobrepoblado y con poca ventilación, se desató la locura y la desesperación. Algunos trataban de tomar los cartuchos y tapanlos, para que no saliera el gas. Otros, comenzaron a poner colchones entre los espacios que dejaban los barrotes, para que no ingresaran las bombas. Pero, además de los gases, comenzaron los disparos, tanto con ráfagas, como apuntando “tiro a tiro”, y la desesperación aumentó, porque por efecto de los gases, o por la presencia de calentadores, o por ambas cosas, comenzaron a prenderse los colchones:

- Tiraron con gases y balas tiro a tiro. (G.A.A., 21 años, declaración “espontánea” tomada por funcionarios penitenciarios el 29 de marzo en el Instituto del Quemado).
- Preguntado si tiraron con ametralladoras a matar, responde: que no, que sólo tiraban a las paredes. Preguntado cuándo y quiénes prendieron el fuego, responde: que para tapan la visión y que para que no hagan efectos

3. Para un análisis del modo en que circula la información en el ámbito carcelario, puede verse: de Ípola, Emilio, *La bamba, acerca del rumor carcelario*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.

- los gases prendieron unos los colchones, pero fue peor, ya que el humo los ahogó y el calor fue terrible. (J.J.R.B.).
- ...aproximadamente a las 8.15 ingresó el cuerpo de requisa en número de sesenta aproximadamente en forma harto violenta, golpeando a los alojados, la casi totalidad de los internos imitando al Pato Tolosa, empujando las camas contra los empleados a fin de evitar el castigo y conseguir que los mismos se retiraran, que efectivamente consiguieron su objetivo, por cuanto la requisa salió del pabellón. Que una vez fuera, los agentes desde el entrepiso efectuaron disparos de bombas lacrimógenas y gas vomitivo, de inmediato procedieron él y otros internos a amontonar colchones contra la reja de entrada y de la pasarela, que los guardianes efectuaron disparos intimidatorios “tiro a tiro” y a la altura de las ventanas del pabellón, que se habrían disparado ochenta bombas pero que ellos, los internos, las neutralizaban al caer al piso con mantas, que cree que los colchones se incendiaron al ser alcanzados por un casquillo... (N.O.C., 27 años, declaración “espontánea” tomada por personal penitenciario el 27 de marzo de 1978 en el Instituto del Quemado).
 - ... se dirigieron a la pasarela y por las aberturas comenzaron a arrojar gases lacrimógenos hacia donde estaban los internos [...] que, en consecuencia los internos para protegerse comenzaron a cerrar todas las aberturas con colchones de goma-pluma. Que, al parecer los gases arrojados tomaron contacto con los colchones y comenzaron a quemarse. Que debido al gran humo reinante y la desesperación del momento, el dicente se cubrió todo el cuerpo con una manta mojada. Que a continuación escuchó una gran explosión y evidentemente fueron los colchones, más de cien que explotaron al contactarse con el fuego, que se prolongó por espacio de unas dos horas [...] aclara que durante el tiempo que duraba el incendio los integrantes del “cuerpo de requisa” efectuaron diversos disparos, tiro a tiro y también ráfagas dirigidas a los internos del lugar. Que un disparo recibió el dicente en la pierna izquierda... (R.A.V., 34 años al momento del hecho, declaración testimonial brindada en sede judicial el 22 de mayo de 1984).
 - Que así las cosas, la requisa sale del Pabellón, cierra la puerta y las camas se incrustan en su totalidad contra el frente del Pabellón, tapando las puertas del “palito”, del Pabellón y del baño, que eso fue la causa que produjo el gran lío y que la actitud del Pato y de su grupo los reventó, porque tanto el dicente como otros no querían el desorden y que se re-

fugieron tirados en el fondo izquierdo del Pabellón. Que allí se cubrieron con mantas y toallas mojadas. Que las camas como antes refirió, estaban adelante y para evitar la acción del pasarela se pusieron más arriba como así también colchones y otros elementos, que el declarante desde su lugar de refugio escuchó disparos de armas y que las mismas picaban a más o menos tres metros de altura, que se trataron de refugiar con mesas y que en su desesperación trató de correrse más adelante dado que todos los demás se tiraban para atrás y para no ser aplastados por sus iguales se cubrió con una mesa y haciendo fuerza sobrehumana y cubierto por una mesa tira para adelante, tratando de zafarse de la situación, de esa forma llega a través de la densa humareda reinante y del poco aire hasta el centro del Pabellón, donde cubre su cuerpo con una manta que allí encuentra, a los pocos minutos siente un desgarró en su codo del brazo izquierdo que no sabe si fue un disparo o bien un rebote de un disparo... (R.O.B., 30 años, declaración “espontánea” tomada por personal penitenciario el 21 de marzo de 1978 en el Hospital Penitenciario Central [HPC]).

- ...trataron de defenderse del ataque de los de la volante [“Volanta”: es una requisita especial, que actúa en cualquier pabellón y a cualquier hora, fuera de la planificación de las requisitas normales, y con mayor violencia de la habitual. N. de la A.] sosteniendo que tirándole con todo, calentadores, ollas, palos, con todo lo que teníamos a mano, a fin de que no pudieran entrar y así poder sacarlos afuera [...] En esos momentos comenzaron a disparar con una ametralladora y con gases lacrimógenos, entonces es que pusimos los colchones, los llevábamos por el costado de las paredes y los tirábamos arriba de las camas para tapar la vista de la pasarela, y además que no pudieran disparar... (J.C.B., 35 años, declaración “espontánea” tomada por personal penitenciario el 28 de marzo de 1978 en el Instituto del Quemado).
- ...ametralladora ocupamos todo el ancho del pabellón con camas. Nos poníamos atrás de las camas para que no nos vieran. El Francés mete un colchón entre las rejas, y cuando va a meter otro, le tiran un gas en el cuello. De afuera, tiraban. Los 5 bidones de kerosene los llevaron arriba. Me fui al fondo con un toallón mojado con meo. Guampa, agarrado de una ventana, quedó con un disparo en la frente... (Hugo Cardozo, 19 años al momento del hecho, testimonio brindado en el marco de esta investigación entre setiembre de 2011 y octubre de 2012).

Los disparos recibidos por los presos en el pabellón séptimo fueron escuchados desde los otros pabellones:

- Estaba alojado en el Pabellón 10, el día 14 de marzo de 1978, el personal de la requisa disparaba sus armas contra el Pabellón 7 °. (R.O.L., declaración prestada en sede judicial el 29 de noviembre de 1984).
- ...comenzaba a salir humo negro de las ventanas del 7º, se oían explosiones que no sabíamos identificar –eran el estallar de los colchones–, y otras explosiones que conocíamos más que de memoria: bombas de gas lacrimógeno y tiros de armas de fuego. De allí en más todo se sucedió de manera tal que me impide realizar el relato con un orden cronológico estricto; sólo he de trasmitirlo de acuerdo con los recuerdos y las sensaciones que traigo en mí desde aquel momento. Vi asomarse por la cuarta ventana del 7º al Pato Tolosa gritando: “12, 12, prendansé que nos boleatan a todos” –con voz desgarradora le pedía a los turros del pabellón 12 una solución que no tenían–. Al rato gritó alguien que no pude identificar y después supe que era Guampa: “¡10, avisen a todos que nos matan!”. El pedido del Pato era algo lógico que demostraba la lucidez que mantenía aún en tan terrible situación, ya que el 12 era el pabellón donde estaba la gente de mayor prestigio, y si ellos se plegaban, los otros pabellones seguramente lo harían, pero escucharlo a Guampa pedir solamente que el 10 transmitiera la noticia de sus muertes fue desgarrador para todos nosotros. (Daniel Barberis, en *Los derechos humanos en el otro país*).⁴
- ...me encontraba alojado en el pabellón quinto de dicha unidad carcelaria, sito en la planta baja de tal unidad [...] recuerda que siendo alrededor de las 8 de la mañana sintió la corrida de la requisa en el piso superior. Luego de unos minutos se comenzaron a sentir disparos de armas de fuego [...] se asomó a la ventana y observó personalmente que los guardias del Servicio Penitenciario Federal que comúnmente se encuentran cumpliendo funciones en el muro que circunda la cárcel, disparaban contra los pabellones superiores, hacia donde se encontraba ubicado el pabellón 7º. (A.C.Z., de 37 años, declaración brindada en sede judicial, el 15 de mayo de 1984).

4. Barberis, Daniel, *Los derechos humanos en el otro país*, Buenos Aires, Puntosur, 1985.

- El Hospital Penitenciario Central (HPC) estaba cerca de la ochava de Nogoyá y Bermúdez. La sala de mujeres estaba cerca al fondo de la entrada al HPC. La sala tenía un par de ventanas hacia el lado de Bermúdez y cuatro ventanas hacia Nogoyá. La cocina tenía una ventana hacia Bermúdez y el baño un par de ventanas que daban a un patio interno, donde algunas veces tuvimos recreos. Ese patio lindaba con un edificio de pabellones que está paralelo a la calle Nogoyá. La sala tenía también dos ventanas hacia ese patio y una puerta de madera y reja que permanecía siempre cerrada.

Me encontraba en el HPC porque me estaban preparando para operarme de la columna. Tenía fecha de operación para los primeros días de marzo. Justo antes del día previsto para la operación comenzamos a oír claramente disparos de arma de guerra. Si no me equivoco era por la mañana. Parecía que las balas pegaban muy cerca de esa sala del hospital. Nos tiramos al suelo todas las que pudimos. Cuando paró un poco la balacera, me acerqué a una de las ventanas de la sala que daban hacia la calle Nogoyá y vi a través de una hendidura grande a los guardias de la pasarela tirando hacia dentro del penal. Tiraban con fusil y metralleta. Vi claramente dos guardias. La imagen la tengo grabada en la retina. Tiraban balas verdaderas y a mí me parecía que iban hacia el edificio que está al lado del hospital sobre la calle Nogoyá.

Como nos dimos cuenta que las balas no venían hacia nuestro lado, empezamos a querer mirar por todos lados. Hubo compañeras que se subieron a las ventanas del baño y de ahí vieron distintas cosas. Había un movimiento infernal en el hospital y no nos daban bolilla al llamar para preguntar qué pasaba. Más tarde empezamos a sentir olor a carne quemada. ¡Terrible! (María Teplizki, ex presa política, testimonio recogido por la autora en 2012).

- El guardia que estaba con su lanzagranada había tirado una y es por eso que los presos taparon las rejas, para que no tire más. El incendio es transmitido por Radio Colonia. La radio que escuchábamos era una de las que había en el pabellón. Ahí vamos escuchando que los vecinos del penal denunciaban gritos de pedido de auxilio y también que había tiros desde la pasarela que daba a la calle de atrás del penal, es decir que tiraban a los presos que buscaban como respirar asomándose a las ventanas. Nosotros pedimos que nos sacaran, pero el guardia o celador se fue y dejó cerrada la reja que daba a las escaleras. Por supuesto que la reja de la celda también

estaba cerrada... Ante esto nos reclinamos en la cocina baño y comenzamos a meter la cabeza en el cagadero, que era de cemento. Esto porque el humo, que es aire caliente, se filtraba dentro de la celda y ya estábamos con muchos. Como decía antes, Radio Colonia, con la voz de Ariel Delgado, transmitía lo que estaba pasando. Los presos estaban divididos entre sí. Unos peleaban y otros pedían salir. Los gritos eran de terror. Ahí viene la responsabilidad de los guardias que no quisieron abrir las puertas para que salieran los presos. A las ventanas no se podían asomar porque les disparaban. Ya, cuando el incendio estaba declarado, los gritos para salir eran escuchados por todos lados. Pero los guardias nunca abrieron las puertas aludiendo que era por medidas de seguridad ante una posible fuga. Lo mismo nos dijeron a nosotros cuando pedimos garantía para nuestras vidas. Si los presos del Pabellón 10 se hubiesen sumado, hubiéramos muerto asfixiados también. (Rodolfo Dupont, ex preso político, testimonio recogido por la autora en 2012).

- En el pabellón 10 arrancan las ventanas y gritan porque hay gente que tiene compañeros en el séptimo. Sacan a Tito Gutiérrez y dos más y cobran como banco. (Héctor Rima, alojado en un pabellón vecino, testimonio recogido por la autora en 2012).
- ...nos despertó el tableteo de las balas, nos empezamos a asomar a las ventanas, veíamos tremendo despliegue de personal, los barroteros, toda la guardia, todos los penitenciarios armados corriendo entre patios y lejanos pasillos de otras plantas. A la vez las “bichas” abriendo las mirillas de las celdas y gritándonos: “¡Al suelo, al suelo, no es contra ustedes!”.

En vez de tirarnos al piso nos asomábamos para ver, gritábamos a los comunes para que nos contaran qué estaba pasando, entendimos que era contra ellos, se veía mucho humo negro en una planta más lejana de la U2. Fueron varias horas de tiroteo. No sé cuántas. (Carlota Marambio, ex presa política, testimonio recogido por la autora en 2012).

Los interrogatorios a los presos buscan construir una historia en la que el culpable de lo sucedido es Tolosa, un muerto que no puede defenderse. Se indaga sobre el incidente de la noche anterior, se intenta que sus ex compañeros lo acusen de cabecilla o lugarteniente, se les pregunta si fue el autor del incendio, incluso si habría arrojado al fuego a dos compañeros que se negaban a participar en la revuelta. Aun quienes lo acusan de “arruinar” el pabellón describen –y, como ya dijimos, lo hacen frente a personal penitenciario, desde la cama de un hospital, sin asesoramiento jurídico de ninguna

especie, bajo la figura de la “declaración espontánea”, autoincriminándose (los que relatan que tiraron elementos a la requisa para hacerla salir, por ejemplo), sin la presencia de sus jueces naturales— una o varias escenas que, pese a los matices de los relatos, son coincidentes:

- Nunca hubo intención de tomar rehenes, sino de sacar a la requisa afuera, porque el nivel de violencia fue intolerable y para evitar que se llevaran a Tolosa y sus compañeros.
 - Hubo disparos de gases lacrimógenos y vomitivos, y de balas, contra personas en particular, y como modo de amedrentamiento general.
 - No hay coincidencia sobre el origen del fuego: algunos dicen que vieron claramente cómo voló un calentador sobre los colchones, otros vieron los cartuchos de gases que caían sobre los mismos colchones, algunos agregan el uso del querosén. No sabemos cómo ni quién inició el fuego, y lo más probable es que haya sido una suma de cartuchos, calentadores, querosén y desesperación. De lo que no hay duda es de que, una vez iniciado, quienes tenían obligación de apagarlo no lo hicieron: no usaron agua, ni matafuegos, ni ningún otro medio. Y no permitieron que los presos salieran. Por lo contrario, les dispararon a los que intentaron subirse a las ventanas para respirar. Y una vez que el fuego se apagó, y los sobrevivientes lograron salir, los volvieron a torturar. Incluso, algunos testimonios indican que algunos que habían logrado sobrevivir fueron asesinados al salir del pabellón:
- Corrieron las camas y así pudo salir y cuando lo hizo lo agarraron de un brazo y del pelo y le dijeron corré y aguantate y así es que recibí una paliza con palos y gomas, hasta que un oficial se paró delante mío y me pegó un gomazo en el estómago que me dobló, y me agaché y me volvió a pegar en la nuca, y lo levantaron (*sic*) y así a los golpes llegó a una celda, que si los ve los reconoce (*sic*), no se olvida más de las caras; en la celda antes de entrar porque los escalones son como caracol, y como no podíamos por los golpes me agarraron del pelo y me arrastraron y me tiraron dentro donde había otros tres más que estaban medio muertos, uno era Fernández (Juan José), lo conocí porque ranchaba conmigo, que cuando lo tiraron dentro, uno le dijo: andá a pedirle amparo a Tolosa y lo insultó... (V.L.V., 22 años, declaración “espontánea” tomada por personal penitenciario el 30 de marzo de 1978 en el Hospital Alvear).

- ...corrió para el fondo y se metió en la burra, que es un placard y ahí se quedó medio atontado por el humo y el calor que había, que cuando se fue el humo y un poco el calor, les gritaron que abrieran las puertas, porque ellos no podían desde afuera, así unos las corrieron y él fue también y al rozar unas camas con los brazos se los quemó, sintió como una patada de electricidad, cuando salieron los agarraron de un brazo y le pegaron de tal manera y fuerza que se caía y de los golpes lo levantaban y gritaba que estaba quemado en los brazos, que no le pegaran allí, pero le daban igual, que cerró los ojos y corrió con fuerza, pero se equivocó y se pegó con la pared y lo agarraron y empujándolo, y siguió corriendo por el pasillo, hasta que llegó a un calabozo muy chiquito, donde había otros más que estaban también quemados como él, y aclara que el que lo llevaba lo agarró antes de entrar a ese calabozo y le dijo “esperá, hijo de puta” y lo agarró y le pegó patadas... (S.R.M., 21 años, declaración “espontánea” tomada por personal penitenciario el 29 de marzo de 1978 en el Hospital Alvear).
- Recuerda que corría a uno y otro lado desesperadamente hasta que sus propios compañeros lo hicieron caer donde permaneció hasta ser rescatado. Explica que luego del incendio los guardias tardaron en desarrimar las camas y que al final lo hicieron los propios compañeros. Recuerda que se usó una manguera de agua y fue muy poco lo que se tiró, no usándose extinguidor alguno de otro tipo. Luego del incendio fueron bajados a los calabozos a cadenas y golpes entre una doble hilera de guardias donde permanecieron cerca de cuarenta minutos a la espera de atención médica. Incluso recuerda que para salir del pabellón incendiado tuvo que saltar los cadáveres y heridos que allí permanecían. (P.F.S.N., 32 años, declaración “espontánea” tomada por personal penitenciario el 27 de marzo en el Instituto del Quemado).
- Yo estaba en la mitad queriendo respirar y no me entraba el aire. Atiné para subir a la ventana y ahí fue donde me quemé la mano y siento el grito: ¡ventana, a la ventana! Y entro a sentir los tiros de afuera; ¡entraron a tirar contra las ventanas! [...] Yo sentía eso, digo: ¡están tirando de afuera! Y entonces ahí fue cuando sentí que no tenía escapatoria. Digo, ¡me muero! Y sentí una especie de entrega, que me entregaba y creo que ahí es cuando me desmayo. Y lo único que atiné fue taparme la cara, también pensaba en la cara, ¡me estoy quemando la cara! [...] después cuando recupero el sentido ya estaba todo consumido. Quiero levantarme, no, y siento que no tenía fuerzas y me quedé como diez minutos volviendo

a, empezando a respirar de nuevo porque estaba semiasfixiado y hasta que pude levantarme y lo primero que atino hacer es ir al baño. Cuando llego al baño y encuentro diez o quince que estaban, eran todos, iestaban quemados!, pero que se podían mover. Habían ido todos al baño porque había una pileta que tenía agua y un tacho. Estaban todos tirándose agua encima por el ardor que sentían. Yo también fui y metí las manos en el agua del lado del ardor [...] cuando entramos en el baño ya se había terminado el incendio, vuelven los policías, volvían por la pasarela otra vez tirando con las escopetas, con gases. Ya ahí no dábamos más pero siguen tirando gas y nos tiran gas en el baño, siguen tirando gas en el pabellón [...] hasta que a la media hora abren y allí se dieron cuenta que estábamos rendidos completamente y nos entraron a hacer salir de a uno. ¡Bueno, salir! Cada vez que salía uno se sentían unos gritos de los palazos que le daban y cuando salí yo tenía las manos todas quemadas y me agarró uno, me torció el brazo atrás y... bueno, eso era icorrer, correr y correr! Porque cuanto más rápido llegamos a planta baja menos golpes íbamos a recibir. Pero era correr entre la fila doble de guardias y nos iban pegando uno tras otro... (H.A.S., 28 años, en libertad condicional desde el 17 de marzo de 1978, testimonio brindado a Elías Neuman pocos días después de la masacre).⁵

- ...se produjo un calor fuertísimo (*sic*) y un humo que me tiró desmayado, y no recuerdo hasta que salió al pasillo donde “lo mataron” a golpes, hasta que vio que unos del Ejército que eran oficiales, porque tenían estrellas, les dijo que pararan de pegar, porque sino asumían ellos la responsabilidad, y los que vinieron atrás se salvaron, pero esto era en la T, ya al final, antes por la escalera y los pasillos le pegaron igual... (R.R.R., 22 años, declaración “espontánea” tomada por personal penitenciario el 29 de marzo de 1978, no se indica dónde).
- ...es así que se traban las puertas y de afuera comienzan a tirar con los gases lacrimógenos, balas, y de afuera también nos tiraban porque yo me subí a una ventana y al lado mío estaba otro que llamaban Guampa, al que le pegaron un tiro en la cabeza, en la frente, y quedó muerto arriba de la burra [una especie de armarios donde los presos ubican sus enseres. N. de la A.] por eso es que de allí nos retiramos y agarré dos mantas y

5. Neuman, op. cit.

las mojé con agua que había en un bidón ya que en el pabellón no había agua casi nunca, venía de a ratos por 15 minutos, por eso es que llenábamos bidones y ollas con agua, y me tapé con ellas y me acurruqué en una burra [placard] hasta que terminó el fuego, de afuera nos gritaron, que corramos las camas para que salgamos, o que nos quememos como ratas, “quemensé como ratas”. (A.A.Q., 31 años, declaración “espontánea” tomada por personal penitenciario el 31 de marzo de 1978 en el Instituto del Quemado).

- Cuando llegamos al piletón había agua jabonosa, que hacíamos con virutas de jabón y agua, para lavarnos la ropa. En ese ínterin se escuchaba que decían: “Abran que los vamos a atender. Salgan de a tres”. Yo ni en pedo salí primero. Escuchaba gritos, golpes y quejidos. Cuando me tocó a mí, salí con las manos atrás, vi el cordón de guardias que conducía a calabozos de castigo. Tenías que atravesar esos tres pisos, un pasillo de baldosas, te resbalabas en los jugos de las ampollas reventadas a golpes de otros que pasaron antes, algunos quedaron allí en el camino, el que se caía no se levantaba, porque te reventaban las ampollas, y la sangre... la puerta de madera de los calabozos estaban abiertas esperándonos. Al llegar al que me tocó vi al Viejo García, a otro más, y yo. El Viejo estaba tirado en el piso, tenía una camisa de poliéster. Tenía 60 años más o menos. Gallego típico. Tenía una mezcla de plástico y piel. (Hugo Cardozo).
- ...recibí la peor paliza de mi vida, y me desmayé y me quedé mudo por tres días en el hospital... (C.A.A., 24 años, declaración “espontánea” tomada por personal penitenciario el 3 de abril de 1978 en el Hospital Alvear).

Las presas políticas pasaban por una enorme congoja y angustia, ante la falta de información y las pocas y terribles noticias que les iban llegando:

- Ese día, el 14, nos abrieron las celdas al horario acostumbrado, estaba de guardia la subadjutora Pérez, una de las peores verdugas, pero cuadrado de inteligencia del SPF, dura, mala, nos tenía un odio que se le notaba de lejos. La primera señal de que algo no andaba bien fue que no vinieron a la hora a encerrarnos, empezamos a mirar por las ventanas porque escuchamos gritos, en el patio que separaba el pabellón 6, de presas políticas del pabellón séptimo de comunes, había unos seis o siete ninjas, vestidos de negro, con cintos y la cara tapada, estaban armados con armas largas

y bastones, corrían por el patio y gritaban, oímos disparos, enseguida oliamos el humo y vimos el horror. Ya había fuego brotando de las ventanas y comenzamos a ver algunas cabezas tratando de respirar. A esas cabezas les disparaban los ninjas... el olor a carne humana quemada es muy penetrante, inolvidable y espantoso. El griterío ya era infernal, todo parecía una locura, cuando pudimos entender qué era lo que pasaba, nos bajamos de las ventanas y se ordenó que nadie más se asome, pensamos enseguida que las próximas éramos nosotras. Nos dejaron las puertas abiertas todo el día y la noche. ¡Nunca había pasado eso! Ningún SPF se asomaba ni siquiera en la celaduría, nadie trajo la comida, el agua estaba cortada, cuando escuchamos que no había más disparos ni gritos, la delegada se acercó discretamente a la celaduría y pidió por la inspectora de guardia, mientras tanto se dio la orden de que cada una fuera a su celda y entornara la puerta, para tratar de evitar cualquier provocación, fueron muchas horas hasta que sobrevino un silencio espantoso. Esperábamos todo el tiempo que vinieran a matarnos a nosotras, pensamos que lo de los comunes era el inicio de una escalada que en realidad terminaba incendiándonos a nosotras o fusilándonos diciendo que nos habíamos prendido en el motín. Aún lo pensamos, creemos que la reacción inmediata de los familiares convocando a los periodistas, la curia, los organismos de derechos humanos a la puerta de Devoto, colaboró en que no lo concretaran, y suponemos que algunas diferencias internas de los milicos también.

Nunca hay motín sin algún reclamo, sin negociación previa, sin aviso. Luego de algún tiempo pudimos hablar con alguno de los comunes de otros pabellones para ver qué sabían, todos nos dijeron que los comunes pusieron los colchones frente a las rejas porque entraron a tirarles y que el incendio lo comenzó el SPF. Pasado un rato decidimos bajarnos de las ventanas porque vimos que corríamos riesgo. (Graciela Draguicevich).

- Esa mañana del 14 de marzo, a eso de las nueve, nos sacaron al patio para el recreo externo. Habían pasado unos diez minutos cuando vimos llegar a la carrera a dos celadoras de requisa quienes conversaron muy acaloradamente con las que estaban vigilándonos. Inmediatamente se nos dio la orden de formar fila y, a la carrera también nosotras, nos hicieron enfilarse hacia los pabellones. Al subir las escaleras que nos conducían al segundo piso de planta pudimos ver a la distancia a través de las ventanas uno de los edificios que alojaba a los presos comunes. Vimos el humo y a miembros de la fuerza de choque del servicio penitenciario apostados sobre los

techos con rifles en sus manos. Fue sólo la visión de unos segundos, pero suficientes para que nuestro ánimo se llenara de congoja. (María del Carmen Sillato).

Los presos del Pabellón ubicado debajo del séptimo, mientras, se mojaban con la poca agua que tenían guardada en bidones, para no descomponerse por el calor que emanaba del techo. Los del octavo, tiraban líquido al piso para no quemarse los pies.

El humo, el olor a carne quemada y el silencio atroz envolvían la cárcel.

II. La instrucción penitenciaria: los primeros pasos para construir el motín

La acción de los funcionarios penitenciarios y judiciales en las cruciales dos horas siguientes al momento en que entró la requisa al Pabellón Séptimo se dirigió a construir un motín donde hubo una masacre. El principal responsable ya estaba identificado: Jorge Omar Tolosa. Ahora había que rodear su culpabilidad con más elementos, que configuraran lo que luego se llamaría “el motín de los colchones”, y hacer lo posible para que se olvidara pronto, ahora que faltaban menos de tres meses para el Mundial. Devoto tenía que volver pronto a la normalidad, a ser la cárcel vidriera, la que se pudiera mostrar.

Lo que sucedió el 14 de marzo, lo que hicieron funcionarios penitenciarios y jefes militares, por un lado, y la Justicia Federal, por el otro, fue garantizar dos cosas: la impunidad para los autores de torturas y asesinatos a los presos del Pabellón Séptimo, y el olvido para las víctimas, a las que ni siquiera se reconoció como tales. Con los elementos que surgen del expediente judicial, trataremos de mostrar cómo funcionó ese acuerdo, y quiénes fueron los responsables de ponerlo en marcha y hacerlo andar.

La requisa se inició, según surge de los testimonios de presos y de penitenciarios, entre las 8 y 8.15. Es difícil establecer cuánto tiempo pasó hasta que el pabellón quedó vacío, o sólo lleno de cadáveres, porque las víctimas directas estaban demasiado desesperadas como para dar ese dato con precisión. Pero, al menos, puede afirmarse que pasaron entre cuarenta minutos y una hora.

El 8 de mayo de 1978, la División Siniestros de la Superintendencia de Bomberos de la Policía Federal Argentina, dependiente del Ministerio del Interior, eleva un informe sobre su participación en lo sucedido el 14 de marzo frente al incendio sucedido en el Pabellón Séptimo de la cárcel de Devoto. El informe lo realiza el Inspector Jorge Ernesto Amaya y relata qué sucedió aquella mañana:

9.04: la División Central de Alarma retransmitió aviso de incendio para la Unidad Carcelaria N°2 Villa Devoto “debido a un amotinamiento de los penados”.

9.15: llegan dos dotaciones a Devoto, y “me hice presente juntamente con ambas dotaciones, permaneciendo en el exterior del mismo (Penal), por cuanto un Oficial del Penal, informó que por orden del Subdirector del mismo no se podía ingresar al edificio, y que el fuego ya había sido extinguido por personal de la citada unidad carcelaria”.

Unos minutos después –no se indica cuántos– “se autorizó mi ingreso, no así del personal, al cual le impartí la orden de permanecer en el exterior”.

Es decir, para que quede totalmente claro: llegaron dos dotaciones de bomberos, pero se les prohibió ingresar, por orden del Subdirector, de quien no se indica el nombre, pero sabemos que es el mismo funcionario que luego será designado por el Director, Juan Carlos Ruiz, como “Instructor”: el Subprefecto Armando Raimundo Gómez.

Sigue relatando el Inspector Amaya, al que le permitieron ingresar a la cárcel, sin su personal: “Una vez dentro del edificio carcelario, se integró un Comando, juntamente con autoridades Policiales, Militares y de Institutos Penales”. Amaya informa que “a las 09:35 horas se hizo presente Ud., integrando dicho comando”. El “usted” al que se refiere, es el Jefe de la División Siniestros, Subcomisario Ernesto Rufo González. Para que no quedaran dudas sobre la utilidad de la presencia de los Bomberos, sigue el informe:

“...el Señor Subdirector de la U.2, informó que se había producido un amotinamiento dentro del cuadro N°7 y la situación estaba dominada, relacionado con el fuego producido, aseveró que ya había sido extinguido por personal del establecimiento, por lo cual no era necesaria nuestra presencia, agregando que no se permitía el acceso al lugar por razones de seguridad”.

Si no estuviéramos hablando de la muerte de decenas de personas, sería risible: hay un incendio pavoroso, llegan los bomberos, pero no se les permite ingresar para apagarlo, “por razones de seguridad”.

Esas decisiones, evidentemente, se tomaban por parte de las autoridades militares cuyos nombres no se mencionan. El informe no hace alusión a la presencia de ninguna autoridad judicial, hasta ese momento.

La primera vez que se menciona al Juez Guillermo Rivarola, es en la hoja número 6 del expediente. El texto, sin membrete, y con la firma del director de la Unidad Prefecto Juan Carlos Ruiz, dice: “En la Ciudad de Buenos Aires, Instituto de detención de la Capital Federal a los catorce días del mes de marzo del año mil novecientos setenta y ocho y siendo aproximadamente las 9.00 horas y mediante el aparato telefónico número 40-8973 me comunico con el Dr. Guillermo Rivarola a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal N°3 de turno con esta Unidad durante el corriente mes, siendo atendido por V.Sa. lo impongo que los hechos que se desarrollan en el interior del pabellón 7° en forma detallada manifestando dicho magistrado que toma a su cargo el respectivo sumario y que a la brevedad posible se constituiría en dependencias de este Instituto. En consecuencia no siendo para más cierto el acto en el lugar y fecha arriba señalado”.

Como lo indica Neuman:⁶ “En ninguna ocasión anterior, motines, rebeliones o revueltas carcelarias habían sido tutelados por la Justicia Penal Federal en Buenos Aires”. Llamar a Rivarola, esa mañana, no tenía sentido, salvo porque:

- El Servicio Penitenciario Federal era parte del plan sistemático de represión, y la Justicia Federal también.
- En consecuencia, la mejor manera de garantizar la impunidad de los autores de la masacre era haciendo intervenir a la justicia federal.

Mientras Guillermo Rivarola llegaba “lo antes posible”, los penitenciarios hacían otras cosas como limpiar el pabellón, impedir el ingreso de los bomberos, y golpear sobrevivientes.

6. Neuman, *op. cit.*, p. 122.

Lo primero que aparece en el expediente judicial es la carátula de la Instrucción penitenciaria, el “Sumario 270”. Por aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal, N°20.416, cuando los funcionarios penitenciarios cometen delitos en una cárcel federal, otros funcionarios penitenciarios realizan la instrucción, es decir, hacen todo lo necesario para que esos delitos no se conozcan, o se le atribuyan a otros, en el ciento por ciento de los casos, a las personas privadas de libertad: “Art. 6, inc. ñ: Son funciones de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal [...] intervenir en todos los casos de delitos que ocurran en el ámbito en que el Servicio Penitenciario Federal ejerza sus funciones, conforme al artículo 3° de esta Ley, con los deberes y derechos que a la Policía Federal otorga el Código de Procedimientos en lo Criminal de la Capital Federal”.

Es decir, mediante el “Sumario 270”, los funcionarios penitenciarios designados hicieron lo que se conoce como “sumario de prevención”. El autor del proyecto del Código de Procedimientos en Materia Penal, Manuel Obarrio, decía en la Exposición de Motivos, refiriéndose al sumario: “Nadie puede desconocer que es esta la parte del juicio criminal que requiere una atención más detenida, más escrupulosa y previsoras de parte de la legislación. En el sumario todo tiene importancia. Ningún detalle debe descuidarse, ningún indicio por insignificante que aparezca, debe ser mirado con indiferencia por el magistrado encargado de la instrucción, porque ese detalle o ese indicio puede llevarlo directamente a la investigación del delito o de los culpables”.⁷ Ese Código, vigente desde 1889 hasta 1992 fue muy cuestionado, entre otros aspectos por “la enorme amplitud de la prevención policial, cuya actividad predomina sobre la judicial, pues el juez puede omitir la ratificación de las diligencias efectuadas por la policía, lo que a su vez hace prevalecer el sumario sobre el plenario”, en palabras de Ricardo Levene (h).⁸

Esa “enorme amplitud” se tornó abrumadora en el caso de la actividad desplegada por los funcionarios penitenciarios. Obarrio planteaba sus prevenciones sobre los efectos no deseados de la actividad de las fuerzas de

7. Obarrio, Manuel, “Exposición de Motivos. Nota explicativa del autor del proyecto”, en *Código de Procedimientos en Materia Penal*, Edición bajo supervisión de Chichizola, Mario, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982.

8. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art4.pdf>
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art4.pdf>

seguridad: “La parte que destina a la prevención de la policía era por cierto delicada y difícil. Dejar a la acción exclusiva de los funcionarios de esta repartición, la iniciación del sumario, tal como ahora se practica generalmente entre nosotros, sería desnaturalizar su misión, y hacer perder en muchos casos elementos preciosos para la investigación criminal, que sólo pueden ser apreciados por personas que reúnan la competencia de un Juez de derecho. Privarles a su vez de toda intervención en la verificación de los primeros pasos del juicio, sería hacer imposible asimismo en muchos casos el descubrimiento del delito y de los delincuentes, porque la policía se encuentra en aptitud de ocurrir inmediatamente, sin la menor pérdida de tiempo, al lugar en que el delito se perpetra y verificar antecedentes y diligencias que más tarde tal vez sería imposible realizar”.⁹

El problema aparece, como sucedió en la masacre en el Pabellón Séptimo, cuando “el delito y los delincuentes” deberían investigarlo y encontrarlos, respectivamente, los jefes de la asociación ilícita que lo cometió.

A una hora no consignada, en la página 1 del expediente judicial, aparece la primera pieza penitenciaria con la que se construye la versión oficial. El informe está firmado por el Alcaide Carlos A. Sauvage, Jefe de la Sección Requisa, y se dirige a su superior, Alcaide Mayor Horacio M. Galíndez, un sujeto que inspiraba terror en toda la población penal de la cárcel.

Sauvage cuenta los hechos de los que fue protagonista ocultando algunas cuestiones esenciales, y mintiendo descaradamente en otras:

“Elevo al señor Jefe el presente informando que, en la fecha, si endo aproximadamente las 08.15 horas en circunstancias de efectuarse una requisita de práctica del pabellón 7^o

[Falso: no era “de práctica”, era una requisita formada por el doble de guardias que lo habitual, y utilizó un nivel mayor de violencia, porque venía directamente a buscar a Tolosa, y a demostrar que no estaba permitido ningún tipo de rebeldía en Devoto]

y más específicamente de ingresar el personal a mi mando a dicho alojamiento, los internos en lugar de dirigirse hacia el fondo del pabellón, tomaron una actitud de rebeldía activa contra el personal

[Falso: los presos van al fondo del pabellón, como siempre. Sólo

9. *Ibidem*.

comienzan a resistir cuando el nivel de brutalidad superó lo habitual, y resultó evidente que la requisa tenía por objeto sacar a Tolosa y probablemente a sus compañeros, mediante un uso aún mayor de la fuerza que la que los habitantes del pabellón séptimo estaban acostumbrados a soportar]

procediendo a arrojar camas para evitar el paso de los mismos a la vez que hacían lo mismo con todos los elementos que poseían en su poder (bancos, mesas, sartenes, planchas y especialmente de recipientes que contenían agua y querosene en ebullición, juntamente con calentadores encendidos)

[¿Cómo puede ser posible que los presos les tiraran agua hirviendo y querosene “en ebullición” a los guardias, y ninguno de ellos resultara lesionado?]

esgrimiendo la mayoría de los mismos, objetos punzantes en sus manos.

[Falso: los únicos que tenían elementos punzantes eran los integrantes del cuerpo de requisa, con sus palos baldoseros]

El suscripto ordenó a los amotinados

[“Amotinados”... ¿por qué? Cualquiera que conozca el mundo de la cárcel sabe que siempre que hay una protesta –que sistemáticamente los penitenciarios llaman “motín”, conforme su lógica cuartelera– hay un motivo, algo que se pide o se reclama. En este caso, se habla de una reacción de decenas de personas, sin motivo, como si hubieran enloquecido de repente]

que depusieran la actitud asumida de inmediato obteniendo como respuesta, una nueva lluvia de proyectiles contundentes los que hicieron blanco en por lo menos cuatro o cinco agentes de la dotación.

[Esos cinco agentes son, según el listado elaborado el 15 de marzo, los ayudantes de 5a. Montenegro, Domingo; Roldán, Víctor Orlando; Soria, Pedro Eduardo; Zalazar, Juan Antonio y Valiente, Carlos Alcides.

Montenegro tenía traumatismo en muñeca izquierda y fractura de extremo distal de radio, según el informe de fecha 21 de marzo firmado por médico E. Cablinski (hoja 320), según indica el propio Montenegro en su declaración “testimonial”, porque le tiraron una plancha para hacer bifes. Sobre Roldán no hay informe médico, pero en su declaración del 14 de marzo cuenta que el jefe de requisa ordenó tirar gases para intimidar a la población, y que luego de una hora “lograron sofocar el fuego y traspasar las barricadas encontrándose con gran cantidad de

cuerpos quemados, luego de ello fue trasladado a la enfermería para que le curen el antebrazo y mano derecha en el cual había recibido un golpe de proyectil”, lo que parece indicar que la herida se la produjo el accionar de sus compañeros que disparaban desde la pasarela. En la ampliación de esa declaración, que tiene fecha del mismo día 14 de marzo Roldán miente descaradamente. O mintió antes, no sabemos. Se le pregunta en qué forma se combatió el fuego y responde: “que no sabe puesto que como consecuencia de la agresión, sufrió un golpe en el antebrazo derecho, el cual le dolía muchísimo y no lo podía mover, por esa razón fue autorizado a bajar rápidamente a la ‘enfermería’ para que lo curaran”. En la versión anterior, entró al pabellón luego de “sofocar el incendio”. En esta, no entró y no menciona el proyectil. Y no hay informe médico, repetimos. En el caso de Zalazar, es más vergonzoso todavía: en su primera declaración “testimonial” del 14 de marzo, dice que, cuando ya se estaba apagando el fuego, y ellos tiraban agua con las mangueras “a consecuencia del humo y del calor me empecé a descomponer y me dieron autorización para ir para la escalera”. O sea: no lo lastimó ni el agua hirviendo ni el querosén en ebullición ni los objetos que tiraban los presos, sino que se descompuso por el humo que le llegaba desde el pabellón, y se alejó un poco de allí. Por supuesto, no hay informe médico. Sobre Soria no hay ni declaración ni informe médico. Y por último, en el caso de Valiente, el informe de fecha 21 de marzo dice escuetamente que “presenta traumatismo en mano derecha y en región pectoral”. En su declaración, Valiente no había dicho nada, pero quien supuestamente se la toma, el Instructor Subprefecto Armando Gómez, le pregunta, preocupado y sensible: “qué le ocurrió en la mano derecha que la Instrucción observa vendada”, responde “que fue golpeado en la mano derecha por una plancha de hacer bifés que arrojaron los internos...”. No sabemos si fue la misma plancha de hacer bifés que lastimó a Montenegro. Más bien, la explicación parece darla Adolfo Ruiz, que tenía un amigo entre los sobrevivientes: “De un lado había decenas de muertos y heridos. Del lado de los guardiacárceles había cinco heridos, los cinco con las manos vendadas y lastimadas de tanto aplicar golpes sobre los presos...”]

Habiendo sido el personal, rodeado por la mayoría del internado (*sic*) allí alojado, debieron utilizar los materiales que se portan para la requisa diaria trabándose en lucha con los revoltosos.

[Otra mentira, otra lucha en la que ningún guardia resulta herido] Debido a la deferencia (*sic*) numérica que favorecía a los rebeldes, el titular de esta Dependencia ordenó el repliegue a la celaduría del pabellón en cuestión.

[No se mencionan ni siquiera los disparos con pistolas lanzagases, relatadas por los mismos guardias penitenciarios en sus declaraciones] Acto seguido, se comprobó que la mayoría o casi la totalidad de los detenidos amontonaban las camas de hierro contra la puerta del pabellón tratando –en un primer momento– de destruir la misma [Es absurdo, por supuesto. ¿A quién se le puede ocurrir intentar romper una puerta de hierro con camas, sobre todo cuando le están disparando desde arriba?]

y al no conseguirlo, optaron por utilizarlas como vallas obstaculizadoras. [¿“Obstaculizadoras” de qué, si ellos ya se habían replegado?] Posteriormente acumularon los colchones de poliéster allí existentes rociándolos con abundante combustible y encendiéndolo, pese a las repetidas llamadas a la realidad para que depusieran la negativa y peligrosa actitud tomada.

[Un grupo de suicidas, en este relato perverso y fantasioso, se prende fuego, ciego y sordo a los pedidos en contrario...]

Se pudo comprobar una disputa entre los internos, algunos de los cuales eran atacados por sus iguales por no tomar iniciativa contra el personal. (Insistimos: si el personal ya se había ido, ¿por qué habrían de pelear los presos? No se entiende, y no se entiende, porque es falso)

Aproximadamente a los cuarenta minutos después de comenzado el fuego y pese a los denodados esfuerzos por apagarlo mediante la intervención del personal, se pudo correr en parte las cosas que obstruían la entrada al recinto lográndose sacar una gran cantidad de internos en forma individual, los cuales presentaban a simple vista un estado tal de intoxicación que debieron ser ayudados por los agentes para ser retirados del alojamiento. Asimismo, al poder despejar totalmente el lugar de ingreso, se constató una cantidad de internos que apenas respiraban, los que fueron evacuados inmediatamente para ser conducidos al Hospital Penitenciario Central mientras que otros ya habían dejado de existir.”

[Lo que sucedió es que mataron con armas de fuego a una parte de los presos, y dejaron morir quemados y asfixiados al resto. Y a algunos de

los sobrevivientes, los remataron al salir del pabellón o, como en el caso de Tolosa, lo fueron a buscar para matarlo a golpes]

Probablemente el Jefe de Seguridad Interna Galíndez se haya dado cuenta de que era demasiado absurdo ignorar el hecho de que había habido disparos, así que, al elevar el informe de su subordinado a la Dirección, se ocupó de aclarar cuál había sido su participación en los hechos:

“Elevo al señor Director el informe que antecede, producido por el Jefe de la Sección Requisa. Sobre el particular, cabe destacar que el suscripto se hizo posteriormente cargo del procedimiento [¿“Posteriormente” a qué, a cuándo? ¿A qué se fueron los integrantes de la sección Requisa al mando de Sauvage? ¿A que retiraran los cadáveres?]

de sofocar los distintos focos de incendio producidos dentro del pabellón y ordenó reprimir con gases lacrimógenos a los grupos de amotinados más rebeldes.

[Es evidente la alteración del orden de los acontecimientos, y el poco cuidado en hacerlos parecer al menos creíbles y con cierta lógica. Parece que no importa, porque se confía en que cualquier cosa que se escriba, aun la más absurda, será ratificada. Y, como se irá viendo, no les faltaba razón a las autoridades penitenciarias]

La situación se hallaba superada siendo las 09.45 aproximadamente [Es decir que, cuando llegaron los bomberos, la situación no estaba resuelta, como le dijeron al jefe de las dotaciones a las 9.15. Faltaba media hora todavía]

procediéndose a la evacuación total de los internos alojados en el referido pabellón 7, derivándose los en su gran mayoría al Hospital Penitenciario Central para las primeras curaciones. Cabe mencionar que efectuada la inspección ocular en el interior del sector aludido se constató la existencia de cuarenta y cuatro (44) cadáveres totalmente calcinados.”

[“Cabe mencionar” es una frase que se utiliza cuando se quiere agregar algo complementario a la información principal. En este caso, lo que se agrega, como al pasar, es la muerte de cuarenta y cuatro personas]

Luego de recibido este informe (o al mismo tiempo, o antes, no lo sabemos, porque en ninguna de las piezas documentales se indica la hora en que fue escrita), el Director de la Unidad 2, Prefecto Juan Carlos Ruiz, firma una orden, que dice así:

“Instituto de Detención (U.2), 14 de marzo de 1978. VISTO, lo comunicado, (*sic*) y teniendo en cuenta las prescripciones del Art. 6º inc. ñ de la ley Orgánica N°20.416: EL DIRECTOR DEL INSTITUTO DE DETENCIÓN (U.2) ORDENA:

ARTÍCULO 1º: Que se substancie un Sumario de Prevención, a los fines de la debida investigación del hecho motivo del presente.-

ARTÍCULO 2º: Designase Instructor al señor Subprefecto D. Armando Raimundo GOMEZ (c. 3.979).-

ARTÍCULO 3º: Por SECRETARÍA, efectúense las comunicaciones de rigor.-

ARTÍCULO 4º: Por Mesa de Entradas, Salidas y Archivo, hágase entrega al Instructor designado.”

La persona designada para que realice la instrucción –es decir, para tomar declaraciones, preservar el lugar donde se habían producido los hechos y recolectar todo tipo de pruebas, entre otras medidas– era el segundo funcionario en importancia en la Unidad 2. O sea: era uno de los jefes en la línea de mandos, y por lo tanto, uno de quienes pudieron dar órdenes el 14 de marzo. Por ejemplo, dio una muy importante: prohibió el ingreso de los bomberos, cuando llegaron a la Unidad a las 9.15 del 14 de marzo. Los penitenciarios se “investigaron” a sí mismos. Ni siquiera se consideró la posibilidad de que instruyeran funcionarios del SPF que no hubieran estado allí durante los acontecimientos.

A continuación, se encuentra el informe con la llamada al Juez Rivarola que ya transcribimos, y luego, una hoja sin membrete y sin hora, firmada por el Subprefecto Gómez, que dice:

“En la ciudad de Buenos Aires, a los catorce días del mes de marzo de mil novecientos setenta y ocho, se constituye en esta Unidad, el señor Juez Federal en Turno Dr. Guillermo RIVAROLA, conjuntamente con el Dr. Guanziroli, quienes impuestos minuciosamente [¿Cómo habrá sido esa “imposición minuciosa” de lo sucedido? El

juez y su secretario no fueron al pabellón, evidentemente, sino que escucharon la versión de los penitenciarios, aun antes de que se efectuara la “investigación”]

de los pormenores de los hechos ocurridos en este Instituto de detención, Pabellón 7mo. en el día de la fecha, dispone que se adopten las siguientes medidas a saber:

- 1) Disponer de inmediato a la evacuación de los internos quemados al Instituto del Quemado, y para el caso de imposibilidad de ser recepcionados en su totalidad, sean derivados a otro centro asistencial.
- 2) Asistir médicamente a los internos que así lo requieran en el Hospital Penitenciario Central [algo que, según Sauvage y Galíndez, ya se había hecho].
- 3) Identificar a la totalidad de la población penal que se alojaba en el pabellón 7mo., mediante impresión digital completa y en caso de imposibilidad realizar cotejos de legajos y requerir información a ese efecto tanto al personal penitenciario como así al resto de los internos allí alojados.
- 4) Remitir a la Morgue Judicial los cadáveres de los internos fallecidos.
- 5) Practicar inspección ocular.
- 6) Sacar fotos del ámbito interno y externos (*sic*) del pabellón 7mo.
- 7) Requerir con carácter de urgente a la Policía Federal Superintendencia de Bomberos - División Siniestros que el personal de esa dependencia se constituya en esta Unidad a efectos de que produzca el informe técnico del caso.
- 8) Citar a declarar a la totalidad del Personal Penitenciario que halla (*sic*) intervenido en los hechos.
- 9) Disponer que nadie del personal de la Unidad que haya intervenido en los hechos se aleje de la misma.
- 10) Que el interno TOLOSA sea incomunicado.

[Probablemente, a esa hora, Tolosa ya estaba muerto. De no ser así, el juez Rivarola es responsable de no haberlo protegido. Si dispuso que fuera el único incomunicado, es porque recibió información de las autoridades penitenciarias acerca de su participación en los hechos. ¿Por qué no se tomó ninguna medida especial de resguardo, por qué no fue a verlo, por qué no lo sacó de la órbita penitenciaria?]

- 11) Entregar los cuerpos de los internos fallecidos a los familiares que acrediten el vínculo bajo juramento de no cremar los cuerpos y de poner en conocimiento del Tribunal interviniente el lugar de inhumación de los cuerpos.
- 12) Disponer custodia mediante agente de facción en los centros asistenciales a donde sean trasladados los internos heridos.
- 13) Comunicar a los Juzgados a disposición de quienes se encontraba la población penal alojada en el Pabellón 7mo., el hecho producido, el estado de los internos, y Tribunal interviniente.
- 14) Requerir el listado completo de muertos y heridos.
[¿Requerir a quién?]
- 15) Solicitar a quien corresponda en forma detallada el Rol de Incendios y forma de operar del mismo.
[Otra vez nos preguntamos: ¿a quién?]
- 16) Requerir al Hospital Penitenciario Central un informe médico completo, como así también el nombre de los profesionales intervinientes.
- 17) Tomar toda otra medida tendiente a esclarecer el hecho que se investiga.
- 18) Decretar el secreto del Sumario.”

El texto lo firma el Instructor, aunque se supone que son medidas dispuestas por el Juez Rivarola. Repetimos: en otros casos similares, ante hechos de violencia sucedidos en la Cárcel de Devoto, había participado la Justicia Nacional de Instrucción, que es lo que sucede en la actualidad. En las provincias donde hay cárceles federales, incluida la provincia de Buenos Aires, cuando sucede algún hecho individual o colectivo en cualquier establecimiento penitenciario federal, interviene la Justicia Federal, pero en la Ciudad de Buenos Aires, hasta el momento, había intervenido siempre la Justicia Nacional de Instrucción (y en la actualidad lo sigue haciendo), aun en casos en los que habían sucedido hechos de violencia con el resultado de muertes de presos y de penitenciaros (en 1959 y en 1962). El llamado a Rivarola, y su presencia en Devoto, fueron parte de la política de encubrimiento de la masacre, considerando además, como veremos, que dos meses después se declaró incompetente para seguir interviniendo.

Pero estos primeros días se usaron para construir una explicación. Para eso, se tomó declaración a la totalidad de las personas privadas de libertad y alojadas en el pabellón séptimo, aun a las que no estaban presentes cuando sucedieron los hechos, por haberse ido a trabajar o a Tribunales: un total de

noventa y siete (97) declaraciones “espontáneas”. Al personal penitenciario se le tomó declaración en calidad de testigos: un total de cuarenta (40) declaraciones “testimoniales”.

Las preguntas que le hizo el personal penitenciario que “instruyó” la causa a los presos, estuvieron orientadas, como vimos, a marcar a Tolosa como el responsable del incidente de la noche, y del “motín” que derivó en la muerte de decenas de sus compañeros. Incluso, en varias de las declaraciones, se pregunta si Tolosa y quienes rancheaban con él –Borches, Pezzola, Coderch– habían obligado al resto a enfrentar a la requisa, y golpeado o tirado al fuego a los remisos. Ni siquiera quienes hablaron de él críticamente sostuvieron esas versiones: nadie afirmó ver a Tolosa obligar al resto, ni mucho menos golpear o quemar vivos a sus compañeros.

En el caso de las declaraciones del personal penitenciario, se interrogó a veinticuatro (24) integrantes del cuerpo de Requisa, tres (3) guardias que estaban en el entrepiso, desde donde dispararon al Pabellón 7 (los llamados “pasarelas”); dos (2) integrantes de un grupo de choque al que ambos llaman “Gay”; cuatro (4) de la División Seguridad Externa, dos (2) celadores, y cinco (5) altos funcionarios:

- Jefe de Seguridad Interna, Alcaide Mayor Horacio Galíndez.
- Segundo jefe de Seguridad Externa, Subalcaide Víctor Dinamarca.
- Jefe de Requisa, Alcaide Carlos Aníbal Sauvage.
- Jefe de Turno, Subalcaide Antonio Bienvenido Olmedo.
- Jefe de Turno, Subalcaide León Oscar Guinnard.

La versión penitenciaria deja clara la absoluta intrascendencia del hecho sobre el que se montó la masacre. Y también la falsificación de los hechos, la imprecisión y la absoluta falta de autocrítica sobre el accionar penitenciario.

El otro núcleo temático de las declaraciones “testimoniales” es el referido al modo en que se desarrolló la requisa, y cómo fue la reacción de los presos.

Las declaraciones son casi calcadas: la requisa fue rutinaria, apenas ingresaron los internos comenzaron a agredirlos, tirándoles objetos contundentes, y pretendiendo tomarlos como rehenes, por lo que el jefe Sauvage, luego de pedir “amistosamente” que cesaran en su mala conducta, ordenó la retirada, para evitar males mayores. Y, una vez que habían salido y cerrado

las puertas, recién entonces, los presos prendieron fuego a los colchones, y el personal les disparó con gases lacrimógenos y vomitivos para “disuadirlos”. Hay una declaración tipo, una especie de plantilla que se repite con algunas –pocas– diferencias: “Que siendo aproximadamente las ocho horas treinta minutos penetraba en el pabellón séptimo de la Unidad a efectos de efectuar requisa general junto con todo el resto del personal de la Sección. Que como es habitual se efectuó la orden de que los internos se colocaran en el fondo del pabellón. Que esa orden no fue acatada por los internos y de inmediato los mismos profirieron fuertes gritos [y] procedieron a tirar al personal calentadores prendidos, agua caliente, bancos, planchas y todo elemento contundente. Que ante ello, el señor Jefe ordenó que el personal se replegara ya que estaban prácticamente rodeados. Que luego de penetrar en la celaduría pudo observar que los internos se parapetaban colocando las camas y colchones contra la puerta de entrada del pabellón para después prenderles fuego”.

Estos testimonios dejan una pregunta básica –que ninguna autoridad judicial hizo–: ¿por qué, justamente esa mañana, si se trataba de una requisa rutinaria, los presos del pabellón séptimo reaccionaron de esa manera? ¿Se volvieron locos de repente, cayeron en una especie de delirio que los llevó a atacar al personal penitenciario, y a inmolarse quemándose vivos? Graciela Draguicevich aporta una observación, nacida de la pura sensatez, y de la lucha por la supervivencia: “Nunca hay motín sin algún reclamo, sin negociación previa, sin aviso. Luego de algún tiempo pudimos hablar con alguno de los comunes de otros pabellones para ver qué sabían, todos nos dijeron que los comunes pusieron los colchones frente a las rejas porque entraron a tirarles y que el incendio lo comenzó el SPF. Nosotras no tuvimos ninguna noticia de que estuvieran reclamando algo, cosa rara, además a nadie se le ocurría en esos años hacer tanto quilombo porque eras fiambre. Todos sabíamos, los comunes y nosotras, cuáles eran las condiciones en las que estábamos y de hecho éramos más revoltosas nosotras que ellos...”.

Pero, además, si querían tomar rehenes, ¿por qué no los tomaron, si según la mayoría de los testimonios de los propios penitenciarios, los presos los tenían rodeados? ¿Y cómo es que les tiraron planchas para hacer bifés, agua caliente, querosén en ebullición, etc., y prácticamente ningún guardia se quemó, ni tuvo heridas en la cabeza, ni siquiera golpes graves?

Algunos de los declarantes reconocen que se usaron disparos, tanto de pistolas lanzagases, como de ametralladores: tres de los testimonios son de

guardias apostados en el entrepiso. Pero no se tomó declaración a ninguno de los guardias que dispararon desde afuera, pese a que de ese modo, con un disparo que llegó desde fuera del pabellón, murió Carlos Pezzola.

Sobre cómo se desarrolló la represión, hay tres declaraciones particularmente importantes: la del jefe de la requisa, Alcaide Carlos Aníbal Sauvage; la del jefe de Seguridad Interna, Alcaide Mayor Horacio Galíndez, y la del 2do. Jefe de Seguridad Externa, Subalcaide Víctor Dinamarca.

El fragmento más significativo de la declaración de Sauvage es el siguiente: “...luego de generalizado el fuego vio que dos internos en forma desesperada trataban de safar (*sic*) de las llamas intentando hacercarse (*sic*) a la puerta, que en tales circunstancias y a pesar de los gritos en demanda de ayuda fueron golpeados por varios de sus iguales y los tiraron entre las camas donde más arreciaba el fuego, que tal hecho se produjo en los primeros momentos del incendio...”.

La instrucción le pregunta si sabe quiénes fueron esos “internos autores de la agresión ya descripta en forma fisonómica” (*sic*), y Sauvage responde: “que no, que sólo vio los vueltos (*sic*) accionar de la manera expresada”.

No los vio, ni vueltos ni devueltos, porque ese hecho no existió, es una infamia con la que Sauvage intenta construir como (más) monstruos a los presos, que no sólo se prendieron fuego a sí mismos, sino que, en un rasgo que mostraría su bestialidad, arrojaron a ese fuego a los que osaban oponerse.

Luego, en tren de seguir mintiendo, agrega que tardaron veinte minutos en apagar el fuego “debido a la falta de ayuda por parte de los internos, desde dentro del pabellón”.

Galíndez, por su parte, que era el máximo responsable de la Seguridad Interna de Devoto, relata que a las 8.30 aproximadamente “se hace cargo de la conducción del procedimiento, a efectos de imponer el orden vulnerado e intentar retornar a la normalidad de la población penal alojada en el pabellón 7º”. Luego afirma que en ese pabellón, Tolosa era el líder, y que se disparó con ametralladoras desde la pasarela “al solo efecto intimidatorio”. Luego, “aclara que también se utilizó lanza gas, que se lo hizo con cartuchos de ese tipo en un número de doce, y que sabe que algunos no estallaron”. No aclara para qué se habían tirado esos gases, de los que, en otro informe, se hace cargo: “Ordenó reprimir con gases lacrimógenos a los grupos de amotinados más rebeldes” (hoja 2 del expediente judicial, ya analizado).

El tercero de los jerarcas del SPF que cumplió un rol en la represión fue Víctor Hugo Dante Dinamarca, quien se autotituló como “Jefe de Opera-

ciones” el 14 de marzo, ya que el titular de la División Seguridad Externa se encontraba de vacaciones. En esa función “debió permanecer impartiendo órdenes y dirigiendo los operativos de seguridad vigentes en la Unidad”. Lo más importante de su declaración es que reconoce que “efectivamente otras fuerzas de seguridad acudieron en apoyo y que las mismas lo hicieron en virtud de un plan de seguridad que depende de la Cuarta Zona de Operaciones, cuyo asiento es el Batallón de Arsenales N°101, las fuerzas de seguridad son Policía Federal, inclusive Cuerpo de Bomberos que pertenece a la misma, Gendarmería y Batallón de Arsenales 101, que no puede identificar a los miembros de dichas fuerzas ni a sus móviles, dada la gran complejidad de las tareas a su cargo en esos momentos”.

Dinamarca describió lo que hemos mostrado en capítulos anteriores: la dependencia del Servicio Penitenciario Federal del Primer Cuerpo del Ejército, su ubicación como un engranaje del aparato represivo del Estado, puesto al servicio de aniquilar cualquier expresión de rebeldía, en cualquier ámbito, y de aplastar a todo grupo humano –en este caso, un grupo de presos comunes– que osara enfrentar sus políticas.

Sobre este punto tampoco preguntó el juez Rivarola. No le tomó declaración a ningún integrante de esas fuerzas a las que hizo mención Dinamarca, ni a los jefes militares que formaron parte del comando que tomó decisiones, según dijo en su informe el jefe de la dotación de bomberos a la que se le prohibió ingresar, ni a los mismos bomberos.

Tampoco les tomó declaración a los médicos/as y enfermeros/as, ambulancieros, personal médico de los hospitales donde llegaron los presos, vecinos/as, familiares, periodistas, entre muchas otras personas que podrían haber aportado información y pruebas acerca de lo que había pasado.

Obviamente, no era esa la intención. No se trataba de investigar, sino de tapar crímenes. Pero lo que resulta más interesante de la causa judicial, de las más de 1.200 hojas que contiene, es que aun con esa instrucción penitenciaria, con esa deliberada intención de ocultar, y de redefinir la masacre como motín, con eso que había, y con lo que faltaba, se podría haber hecho muchas cosas. Por ejemplo, el juzgado a cargo de Rivarola, con la Secretaría de Guanziroli, podría haber investigado las torturas y homicidios descritos por la casi totalidad de los presos que declararon. O podrían haber ordenado autopsias en los casos en que se denunciaron muertes por disparos de ametralladoras. O podrían haber tomado testimonio a los vecinos y vecinas que escucharon esos disparos. O a las presas políticas que estaban alojadas

en el hospital penitenciario, cuando comenzaron a llegar los heridos. O a los médicos que recriminaron a los penitenciarios por el modo en que habían castigado con palos y patadas a los presos que llegaban corriendo, en carne viva, quemados y ensangrentados.

La actuación del juez Rivarola, de su secretario, Enrique Jorge Guanzi-rolí, y de muchos otros funcionarios judiciales que leyeron los mismos testimonios que hoy nos horrorizan, configuró la otra pata de la impunidad, el silencio y el olvido.

III. Intervención judicial luego de los hechos sucedidos el 14 de marzo de 1978 en el Pabellón Séptimo de la cárcel de Devoto, Unidad 2 del Servicio Penitenciario Federal

Como ya se dijo, una de las primeras decisiones de las autoridades penitenciarias fue avisarle al titular del juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N°3, Guillermo Federico Rivarola, lo que estaba pasando en la cárcel.

Rivarola llegó, supuestamente dispuso una serie de medidas, y luego, salvo tomar una o dos declaraciones testimoniales y decir públicamente que no había heridos de bala, no decidió nada importante. Todo lo construyó la instrucción penitenciaria. El 6 de abril, el Subprefecto Armando Gómez dispuso cerrar el sumario de prevención, y elevarlo a su superior, el Director de la cárcel, quien a su vez lo envió el mismo día al juez Rivarola, Secretaría Guanzirolí: “Elevo a la consideración de V.Sa. El presente sumario de prevención en un cómputo de (1.139) fojas utilizadas y que se discriminan en (7) cuerpos, (2) anexos (identificación y entrega de cadáveres) y otros (2) cuerpos correspondientes a las fotografías tomadas, en mérito a lo establecido en el art. 193 del C.P.C. Dios Guarde a V.Sa. Prefecto Juan Carlos Ruiz. Director”.

El 29 de mayo interviene por primera vez el fiscal federal, Julio César Strassera:

Los acontecimientos ocurridos en el Instituto de Detención de esta Capital U.2 sito en la intersección de las calles Bermúdez y Nogoyá y que motivara la instrucción de esta causa configuran hechos de carácter común –ya sea por razón de la materia o de las personas– y ello es así, por cuanto los funcionarios de la Dirección Nacional de Institutos Penales que se desempeñan en esta Capital no son empleados federales, en los términos del art. 3º

inc. 3º de la Ley N°48.¹⁰ Y por otra parte, el edificio donde se desarrollaron los hechos y que resultó dañado como consecuencia de los mismos está afectado a la prestación de servicios locales (art. 1º de la Ley 14.180).

Por estas consideraciones, opino que el conocimiento de esta causa N°8137/78 corresponde al Sr. Juez Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción en turno (Conf. C.S.J.N. “Fallos” T.254, pág. 106). Despacho N°38672. Fiscalía, mayo 26 de 1978. Julio César Strassera”.

El fiscal se basó para emitir su dictamen, en dos cuestiones:

- 1- la materia y las personas, entendiendo por “personas” sólo a “los funcionarios de la Dirección Nacional de Institutos Penales”. No menciona de modo correcto a la institución, que desde 1968 no se llamaba así, sino Servicio Penitenciario Federal.
- 2- “el edificio donde se desarrollaron los hechos y que resultó dañado”, o sea, la Unidad 2.

No hay mención alguna en estas quince (15) líneas, a las únicas víctimas de “los acontecimientos ocurridos en la Unidad 2”: los sesenta y cuatro (64) muertos y los noventa y siete (97) sobrevivientes.

Con respecto a la cita de fallos de la Corte que hace Strassera, se trata de un fallo que corresponde al año 1962, en el caso en que hubo un hecho de violencia en la Unidad 2, en el que murieron quince presos y nueve funcionarios penitenciarios.

El 2 de junio el juez Rivarola decide declararse incompetente.

Primero explica por qué se hizo cargo, y tuvo la causa durante dos meses y medio:

10. Ley 48: Artículo 3: Los jueces de sección conocerán igualmente de todas las causas de contrabando y de todas las causas criminales cuyo conocimiento compete a la Justicia nacional, a saber: 3) los crímenes cometidos en el territorio de las provincias en violación de las leyes nacionales, como son todos aquellos que ofendan la soberanía y seguridad de la Nación o tiendan a la defraudación de sus rentas, u obstruyan o corrompan el buen servicio de sus empleados o violenten o estorben la correspondencia de los correos, o estorben o falseen las elecciones nacionales o representen falsificación de documentos nacionales o de moneda nacional; o de billetes de banco autorizados por el Congreso, serán juzgados en la sección judicial en que se cometieren.

“...se inician las presentes actuaciones cuando en horas de la mañana del 14 de marzo del corriente año, las autoridades del Instituto de Detención de la Capital Federal –U.2 del Servicio Penitenciario Federal– imponen al proveyente por vía telefónica, los graves acontecimientos que se desarrollaban en el pabellón séptimo de la unidad carcelaria. Fs. 6.

Que ante un evento que ya se insinuaba de pavorosa magnitud y cuyas imprecisas características no permitían descartar ‘a priori’ la intervención de este fuero federal, el Tribunal se constituyó de inmediato en el lugar de los hechos a fin de adoptar aquellas medidas que no admitían dilación y cuya urgencia tornaban inoportuno el tratamiento de cualquier cuestión de competencia. Fs. 7/8.”

A continuación, los argumentos de Rivarola para concluir con su intervención:

“Superados los tramos iniciales de la investigación y cumplimentadas las medidas pendientes de producción, avanzado el esclarecimiento del suceso, puede aseverarse con suficiente grado de certeza que no existen razones para que el caso continúe siendo objeto de tratamiento por este órgano jurisdiccional.

En efecto, conforme a las constancias colectadas en autos –entre las que se destacan las declaraciones del personal de seguridad y de los internos alojados en el lugar del hecho y las pericias necrópsicas y técnicas del siniestro– está ausente cualquier connotación federal que permita continuar la actuación de este fuero restrictivo y de excepción. No se advierten en los acontecimientos propósitos lesivos a la Constitución Nacional, el orden institucional federal o funciones de esa índole; además el personal del Servicio Penitenciario Federal afectado a la Unidad desempeña tareas locales, al igual que el bien dañado que si bien pertenece al Estado Nacional, presta un servicio de ese orden, todo lo que torna aplicable al caso lo preceptuado por la Ley N°48, en su artículo 3° y la Ley N°14.180 en su artículo 1°, de conformidad a lo dictaminado por el Sr. Fiscal Federal y la jurisprudencia legal citada, por lo que **RESUELVO: DECLARAR LA INCOMPETENCIA DE ESTE JUZGADO EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL NRO. 3, a mi cargo, para continuar la investigación en esta causa N°8137.**”

Firma el Juez Federal Guillermo F. Rivarola, y a continuación, el secretario Enrique Jorge Guanziroli, notifica al Procurador Fiscal Federal, con fecha 6 de junio.

Lo primero que resulta sorprendente es la parte del final de los argumentos. Rivarola viene explicando por qué no debe intervenir la justicia federal, y termina concluyendo: “todo lo que torna aplicable al caso lo preceptuado por la Ley N°48...”. Suponemos que es un error material, y que nadie reparó en que falta el vocablo “no”, para que la frase adquiriera sentido: si no tenía que intervenir la justicia federal, entonces “no torna aplicable”, etcétera. Más sorprendente resulta comprobar que la mayor parte de lo que se dice en la resolución, fechada a los ochenta (80) días de producido el hecho, ya se sabía el mismo 14 de marzo: que el personal desempeña tareas locales y que la Unidad 2 también presta servicios locales. Y la falta de “propósitos subversivos” se alegó por parte del SPF al día siguiente, el 15 de marzo.

Nosotros sostenemos que la única explicación para esa dilación está vinculada a la decisión de no investigar nada, y al rol de la Justicia Federal en el mantenimiento de las políticas dictatoriales, en cualquier ámbito donde se desarrollara algún tipo de actividad: social, educativa, política, o en un ámbito de privación de libertad.

El ex juez Rivarola intervino en otro hecho de enorme gravedad durante la dictadura. Fue quien tuvo a cargo la investigación sobre la Masacre de los Curas Palotinos, sucedida el 4 de julio de 1976 en la Parroquia de San Patricio del barrio de Belgrano de la Ciudad de Buenos Aires. Ese día murieron acribillados los sacerdotes de la comunidad palotina Alfredo Leaden, Pedro Duffau y Alfredo Kelly, y los seminaristas Salvador Barbeito y Emilio Barletti. En 1989, el periodista Eduardo Kimel publicó una investigación sobre este hecho en la que aludía a la actuación de Rivarola del siguiente modo: “El juez Rivarola realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y las balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿Se quería realmente llegar a una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos, el juez Rivarola cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la

elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto”.¹¹

Si ante a la Masacre de los curas palotinos faltó una investigación profunda y comprometida –aun con las enormes dificultades que ello podría conllevar en tiempos de dictadura, situación que no se niega, pero siempre se tiene la posibilidad de renunciar a un cargo, en caso de que las presiones o los temores impidan trabajar dignamente– esa ausencia fue mucho más notoria en la Masacre en el Pabellón Séptimo, en la que las víctimas eran personas mucho menos valoradas socialmente que aquellos sacerdotes y seminaristas.

Una vez que se declaró incompetente, Rivarola remitió las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, para que determinara a qué juez nacional de instrucción le correspondería intervenir.

El 12 de junio de 1978, de acuerdo al sorteo efectuado, la causa le llega al Juzgado 28, cuyo titular era Jorge Valerga Aráoz y el secretario Armando Chamot.

El 18 de julio de 1978, el fiscal criminal y correccional Carlos L. López Correa emitió su dictamen, en la causa que ahora tenía el número 12.416, diciendo lo contrario a lo que habían dicho Strassera y Rivarola. Para López Correa debía seguir interviniendo en la causa la justicia federal. Recordemos que mientras se sucedían estas idas y vueltas, no se hacía nada con relación a la investigación de fondo. El caso había desaparecido de los medios, y nadie –ningún organismo internacional, ningún órgano del sistema interamericano de derechos humanos, ninguna organización local– reclamaba por las víctimas del Pabellón Séptimo.

Los argumentos de López Correa para sostener la competencia federal fueron los siguientes:

- El Servicio Penitenciario Federal está organizado por la Ley 20.416, publicada en el Boletín Oficial el 14 de junio de 1973, es posterior a la ley 14.180 (que establece que el delito sucede en un establecimiento que brin-

11. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Kimel vs. Argentina*, Sentencia del 2 de mayo de 2008.

- da servicios locales, no corresponde la intervención de la justicia federal), sancionada en 1952.
- El artículo 1 de la ley 20.416 establece que el SPF es una fuerza de seguridad de la Nación.
 - El artículo 3 de la ley 20.416 establece que la Dirección Nacional del SPF tiene a su cargo los establecimientos donde se custodia procesados y se readapta condenados, en el territorio de la Capital Federal y de las provincias.
 - El artículo 4 define que el SPF depende del Poder Ejecutivo Nacional por intermedio del Ministerio de Justicia.
 - El artículo 5, inc. ñ) asimila el SPF a la policía federal, para los delitos que ocurran dentro de su ámbito.
 - El artículo 18 establece las funciones de la Dirección Nacional de Régimen Correccional.
 - El artículo 33 establece que el personal del SPF “podrá hacer uso racional y adecuado de su armamento con fines de prevención y en los casos en que fuera indispensable rechazar una violencia o vencer una resistencia; en circunstancias de producirse una evasión o una tentativa, y en los supuestos del artículo 32”.
 - El artículo 32 establece que es obligatoria la cooperación recíproca del personal del SPF con las policías y demás fuerzas de seguridad y defensa, y con las *fuerzas armadas* [subrayado en el original, N. de la A.], previa solicitud, en este caso, de las autoridades competentes.
 - El artículo 34 crea el estado penitenciario.
 - El 6 de julio de 1976 se dicta el Decreto N°1209, que en su artículo 1 dispone: “Establécese *un sistema* [subrayado en el original] tendiente a regular la labor coordinada de los distintos organismos nacionales y provinciales que intervengan en la detención, tratamiento y traslado de los procesados y condenados de máxima peligrosidad en jurisdicción nacional, como así también de las personas puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional que revistieran dicho carácter”.
 - El artículo 2 del Decreto 1.209 establece que ese sistema está integrado por el Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia, Comando General del Ejército y los Servicios Penitenciarios Federales y Provinciales.
 - El artículo 4 establece que el Ministerio del Interior tiene la responsabilidad primaria en la implementación y control del sistema, en coordinación

- con el Ministerio de Justicia, el Comando General del Ejército y los servicios penitenciarios nacional y provincial.
- El 22 de julio de 1976 los Ministerios del Interior y de Justicia dictan la resolución conjunta N°3/76, para coordinar acciones, y dictan normas para “el alojamiento de detenidos y condenados por delitos subversivos”, explicando las características del “sistema”:
 - El sistema incluye a organismos de nivel nacional y provincial, “un régimen con cobertura jurídica apropiada y aspectos específicos de apoyo para lograr eficiencia de aquel”.
 - Deben considerarse incluidos en el sistema “a los delincuentes subversivos detenidos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.), procesados y/o condenados por jueces competentes”.
 - Integran el sistema el Ministerio del Interior (Subsecretaría del Interior), con responsabilidad primaria en la implementación y control del sistema; el Ministerio de Justicia; el Comando General del Ejército y cuatro cárceles del SPF: Unidad 6 de Rawson, Unidad 7 de Resistencia, Unidad 4 de Santa Rosa y Unidad 2 de Devoto.
 - Se separan “los delincuentes subversivos” entre “masculinos y femeninos”, para quienes se destina la Unidad 2 como lugar de alojamiento.
 - Por aplicación de la Ley Penitenciaria Nacional N°412/58 y del decreto 1209/76, la Unidad 2 depende del SPF, y el SPF depende del Poder Ejecutivo Nacional, por lo que excede los límites de la prestación local.
 - Además, la Unidad 2 aloja personas condenadas por jueces federales de La Plata, Capital Federal, San Martín, Rosario, Córdoba, Catamarca, Tucumán, Mendoza, Mar del Plata, y condenados por Consejos de Guerra Estables Especiales, según un informe que obra en la causa.¹²

12. Según el informe que figura en las hojas 852 a 858 del expediente judicial, al 14 de marzo de 1978 había ciento veinte (120) presos condenados en la cárcel de Devoto. De ellos, sólo uno (1) estaba alojado en el Pabellón Séptimo. En cuanto a las mujeres condenadas, eran cincuenta (50); veinticuatro (24) condenadas por juzgados federales de todo el país, y veintiséis (26) por Consejos de Guerra Especiales Estables (CGEE), que habían sido creados el mismo día del golpe de estado, mediante la “ley” 21.264, en aplicación del artículo 483 del Código de Justicia Militar que establecía “procedimientos especiales en tiempos de guerra”. De los varones condenados, sólo uno (1) lo era por la justicia federal,

El mismo día, 18 de julio de 1978, el titular del Juzgado Nacional de Instrucción N°28, Jorge Valerga Aráoz, pese a “los sólidos argumentos expuestos por el Sr. Fiscal”, entiende que él es competente, y por lo tanto, no hace lugar al pedido de incompetencia efectuado por Carlos López Correa, que apela la decisión de Valerga Aráoz.

La apelación es concedida, y el secretario Armando Chamot la eleva a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, aclarando el secretario que “en el sumario no hay personas detenidas ni subsiste el secreto sumarial”.

El 16 de agosto interviene el fiscal a cargo interinamente de la Fiscalía de Cámara N°2, Norberto Julio Quantín, que comienza diciendo que no lo convencen los argumentos a favor de la competencia federal del fiscal López Correa. Sin embargo, tiene otros argumentos por los que llega a la misma conclusión:

- No es definitorio que el SPF dependa del Poder Ejecutivo, o que tenga facultades instructorias, o que pueda usar armamento, porque lo mismo sucede con la Policía Federal, y si sucede algo en una comisaría, o si hay resistencia a la autoridad, no interviene la justicia federal.
- Tampoco es determinante que el SPF trabaje “coordinadamente con las fuerzas armadas, pues insisto, también lo hacen en idéntica forma las fuerzas policiales, de Gendarmería y Prefectura Naval Argentina. Es cierto que las nuevas formas legales traen previsiones especiales para los detenidos subversivos, pero reitero que en el caso de que ningún interno de tal índole se viera mezclado en el acontecimiento, en nada modificaría la competencia de la justicia ordinaria”.
- Para Quantín, lo que hay que determinar es “si todos los detenidos que resultaron damnificados en el lamentable hecho que nos ocupa, lo eran a disposición de la Justicia ordinaria, o si hubo víctimas privadas de su libertad por magistrados federales”. Si todas las víctimas estuvieran detenidas a disposición de la justicia ordinaria, intervendría sólo esa justicia.

y dos (2), por los CGEE. La diferencia con la cantidad de mujeres condenadas por estos tribunales especiales es que todas ellas estaban concentradas en Devoto, a diferencia de los varones que estaban diseminados por cárceles de todo el país.

Cita jurisprudencia de la Cámara y de la Corte, como sostén de esta posición.

- Como había detenidos a disposición de la justicia federal, conforme una lista que aportó, Quantín dictaminó que debía intervenir la justicia de excepción, o sea, la federal.

Lo destacable de este dictamen es que por primera vez en ciento cincuenta y cinco (155) días y ochocientos sesenta y ocho (868) hojas que llevaba la causa desde su inicio, una autoridad judicial utilizó el término “víctimas” para referirse a las personas privadas de libertad muertas o heridas en los hechos sucedidos en el Pabellón Séptimo.

El 29 de agosto de 1978 la Sala 4ta. de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por Miguel A. Farga, Alberto Samuel Martínez y José León Pagano (h) resolvió, con los mismos argumentos que había desarrollado el Fiscal Norberto Quantín, que la competencia era federal, y devolvió el expediente.

El 14 de setiembre (mientras todo esto sucedía, no se tomaba ninguna medida con respecto a los sobrevivientes de la masacre, ni con los testigos, ni con los penitenciarios involucrados) Guillermo Rivarola insiste en su falta de competencia. Plantea que los fallos citados por Quantín no son aplicables al caso. Tampoco, reitera, los integrantes del SPF que trabajaban en la Unidad 2 lo hacían en apoyo de una autoridad federal, ni revestían condición de funcionarios típicamente federales; ni tampoco lo eran los internos muertos o lesionados, ni había relación entre lo sucedido con las causas que cada muerto o lesionado tenía en sus respectivos juzgados. Sostiene que no es lógico que se decida la competencia federal por el hecho de que algunos internos estuvieron procesados o condenados por juzgados federales, porque eso implicaría una atomización de la investigación (que, por otra parte, nadie estaba haciendo).

Finalmente, el párrafo más brutal: “Por último, en este estado de la investigación tampoco puede sostenerse con firmeza que las personas que cita en su dictamen el Sr. Fiscal de Cámara hayan sido en realidad víctimas de los sucesos ocurridos en el penal, afirmación que significa aventurar acerca del resultado del proceso investigativo, a cuyo fin recién se podrá justipreciar con certeza si quienes aparecen como víctimas lo han sido realmente, o bien si resultaron victimarios atrapados por las consecuencias de su propia conducta delictiva”.

En la lista aportada por Quantín figuraba Horacio Santantonin, que el día 17 de marzo había brindado su testimonio a Elías Neuman contando las torturas, disparos en la cabeza, asesinatos de personas inermes que había padecido y presenciado. También Jorge Omar Tolosa, asesinado luego de sobrevivir al incendio. Y, entre los muertos y sobrevivientes, al menos había tres presos (que no estaban en la lista de Quantín), a disposición del Poder Ejecutivo Nacional.

Pero Rivarola volvió a declararse incompetente y elevó las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia, para que dirima en la “contienda negativa de competencia”.

El 24 de octubre de 1978 el Procurador General de la Nación Elías P. Guastavino dijo que los fallos citados (250:403; 256:343 y 293:359) deben ser interpretados “en el sentido de que las funciones que regularmente cumplen como de orden local miembros de las fuerzas de seguridad o del servicio penitenciario nacional, dejan de tener aquel carácter para pasar a ser federales, en la medida que se trate de hechos en los que esos empleados intervengan como auxiliares de la Justicia Federal o en los que participen detenidos a disposición de ese fuero de excepción”. Además, dice Guastavino, bajo custodia de esos empleados de la Nación, en la Unidad 2 había personas detenidas a disposición de la Justicia Federal. Por ambas razones, la competencia es federal.

Finalmente, le toca fallar a la Corte. Lo hace casi once meses después de la masacre, y ocho meses después de que comenzaran los conflictos de competencia: el 6 de febrero de 1979.

El fallo de la Corte realiza un recorrido por los argumentos esgrimidos hasta ese momento, por la justicia nacional en lo criminal y correccional federal y la justicia nacional en lo criminal de instrucción en la causa “en la que se investiga la responsabilidad por los hechos ocurridos el 14 de marzo de 1978 en el Pabellón N°7 del Instituto de Detención de la Capital, Unidad N°2 del Servicio Penitenciario Federal, a raíz de los cuales hallaron la muerte –en su mayor parte, por quemaduras y asfixia– numerosos internos, resultando otros heridos, además de graves daños materiales a las instalaciones del Instituto”.

De este párrafo introductorio llama la atención la aclaración de que “la mayor parte” de los muertos lo fueron por quemaduras y asfixia. ¿Y el resto? ¿De qué murió la “menor parte”, para la Corte? A partir de lo que dicen los sobrevivientes, entendemos que por disparos de armas de fuego y/o golpes, pero la Corte no lo dice.

Luego de relatar cuáles son las diversas posiciones, en el punto 7 dice que no comparte las conclusiones del dictamen del Procurador General de la Nación.

En el punto 8, analiza los casos individuales esgrimidos por el fiscal Quantín para sostener la competencia federal (personas que dependían de jueces federales), y sostiene que en ningún caso de los que sobrevivieron, la naturaleza de los hechos en los que pudieron participar “como autores o como víctimas” el 14 de marzo tiene alguna relación con los procesos que se les siguen en los tribunales federales. Y los otros ya están muertos, así que “operó la extinción de la acción penal por su muerte”.

Luego, en el punto 9 plantea que algunos de los fallos citados (250:403 y 256:343) no son aplicables al caso, porque se trataba de “apremios ilegales cometidos en perjuicio de procesados sometidos a juicio ante tribunales militares o federales”. Con respecto al otro fallo citado: 293:359, la Corte resuelve apartarse de aquella doctrina.

La Corte, entonces, mantiene lo dicho en Fallos 263:8 y 237:288, “con arreglo a los cuales la atribución de competencia a dicha magistratura, dentro de la Ciudad de Buenos Aires y a la luz de las previsiones del art. 3º, inc. 3º, de la ley 48, exige que el funcionario autor o víctima de un delito cumpla funciones específicamente federales”.

En consecuencia, decide que debe intervenir en la causa la Justicia Nacional de Instrucción. Firman: Adolfo R. Gabriell, Abelardo F. Rossi, Pedro J. Frías y Emilio M. Daireaux.

Un mes después, el 5 de marzo de 1979, la causa llega al Juzgado Nacional de Instrucción N°28, y el juez titular, Jorge Valerga Araújo, lo eleva a la Sala 4ta. de la Cámara para que “tome razón”. Eso hacen, y lo devuelven el 9 de marzo. Mientras tanto, no se hacía nada importante en la causa.

El 18 de julio de 1979 el Fiscal en lo Criminal y Correccional Carlos L. López Correa emitió un dictamen en el que decía, con referencia a “los lamentables sucesos motivantes de estas actuaciones”, que “independientemente de toda apreciación subjetiva que pudieran merecernos”, “la normatividad legal nos impone la necesidad de abocarnos al estudio de los elementos de juicio colectados por la investigación, con la más absoluta y estricta objetividad jurídica”.

Y con todos esos recaudos, el fiscal dice que “evidente e ineludiblemente, una circunstancia de la cual es imposible apartarnos [...] resulta imposible deslindar y señalar, sin lugar a dudas, una responsabilidad personal –

dolosa o culposa— en sobreviviente alguno —privado o privante de libertad—, más aún cuando la situación originante fue de acaecimiento condicionado por la actuación positiva de las propias víctimas finales”.

En consecuencia, el fiscal solicita el sobreseimiento provisorio.

El 30 de julio de 1979 al juez Jorge Valerga Aráoz, que no ordenó ni tomó ninguna medida importante en la causa, que no entrevistó en forma directa a nadie, que ni siquiera visitó una vez la cárcel de Devoto, le basta una carilla, plagada de inexactitudes y falsedades, para dictar un sobreseimiento provisorio. Comienza relatando de este modo los hechos: “...en horas de la mañana de dicho día [14 de marzo de 1978. N. de la A.], la guardia del Penal dispuso practicar una requisa en el citado pabellón, con motivo de la cual los internos adoptaron una actitud de rebeldía, arrojando contra el personal, camas, bancos, mesas, etc. [La “guardia del Penal”, se dice, sin hacer mención a los hechos del 13 de marzo, y tomando como cierta la versión penitenciaria, según la cual los internos enloquecieron y en plena dictadura militar se rebelaron sin motivo contra el cuerpo de requisa].

Que en un momento dado el personal policial fue rodeado por la mayoría de los allí internados, por lo que el jefe de la dotación ordenó el repliegue, lo que así se hizo [no se trataba, obviamente, de personal “policial”, sino penitenciario. No se hace mención a los disparos, reconocidos por los propios funcionarios en sus declaraciones “testimoniales”].

Y acto seguido, los detenidos en su afán de obstruir la puerta del pabellón, amontonaron contra la misma las camas y los colchones de poliéster allí existentes, rociándolos con combustible, desoyendo el llamado a la reflexión de los guardias [No hay ninguna explicación de por qué sucedieron las cosas, y se repite el absurdo del supuesto “llamado a la reflexión”].

Luego de ello comenzaron a arrojar contra los colchones, calentadores a kerosene encendidos, iniciándose de esta manera el pavoroso incendio que diera lugar al presente sumario. Que resulta del informe de Bomberos de la Policía Federal, obrante a fs. 810, que los colchones referidos, por corresponder a espuma de poliuretano son de extraordinaria velocidad de combustión, razón por la cual el pabellón se convirtió en fuego, produciéndose consecuentemente un desorden entre los alojados para escapar de las llamas y el humo tóxico que generaba dicho incendio [El juez llama “desorden” a la desesperación de decenas de hombres enloquecidos de dolor, que intentaban escapar del fuego y del humo y que eran baleados desde la pasarela

y desde fuera de las ventanas, mientras se quemaban y asfixiaban y nadie intentaba apagar el fuego].

Que después de un rato, y merced al auxilio de los bomberos, fue sofocado el siniestro [Suponemos que el juez ni siquiera leyó el expediente que estaba archivando. Si lo leyó, estaba mintiendo deliberadamente. Los bomberos jamás apagaron el fuego, porque, cuando llegaron, a las 9.15, el subdirector de la Unidad y responsable de la Instrucción penitenciaria, Subprefecto Gómez, les impidió ingresar].

Que, como consecuencia del mismo, fallecieron los internos que figuran en el listado de fs. 636/637 [No es cierto, no es como consecuencia “del mismo” sino, al menos en parte, por disparos, por golpes, y por torturas].

Tales consideraciones han sido corroboradas ante estos estrados, por las declaraciones prestadas por los guardiacárceles intervinientes y los internos que salvaron sus vidas, las que obran a fs. 883/896. [Ante “esos estrados” nadie había corroborado nada, porque el noventa y ocho por ciento de las declaraciones las habían tomado los funcionarios penitenciarios. Y, por supuesto, el señor juez no consideró ninguna de las denuncias de torturas y asesinatos denunciados por muchos de los sobrevivientes, así como sus versiones acerca de lo sucedido el 13 de marzo por la noche, que ni siquiera menciona, ni pensó en citar al director del Instituto del Quemado, que declaró tener heridos de bala, ni a los vecinos que habían escuchado las ráfagas de ametralladora, ni a los presos testigos de otros pabellones ni a las presas políticas que estaban en el hospital y vieron cómo llegaban los heridos].

Que hasta este momento, y por la forma y demás circunstancias en que se produjo este desgraciado suceso, resulta imposible señalar y deslindar responsabilidad a persona alguna, por lo que resulta conveniente dictar un sobreseimiento de tipo provisorio, hasta tanto se glosan nuevas pruebas que permitan adoptar un sobreseimiento inequívoco”.

Y, finalmente, resuelve: “Sobreseer provisionalmente en la presente causa N°12.416 en la que no ha sido procesada persona alguna”.

En enero de 1984 Valerga Aráoz dejó el Juzgado Nacional de Instrucción N°28, para integrar la Cámara Federal que juzgaría a los miembros de las Juntas militares, y en su lugar asumió interinamente Jorge D. López Bolado.

Quizá el advenimiento del gobierno democrático, la discusión sobre lo sucedido durante la dictadura en materia de violaciones de derechos humanos y el debate que atravesaba todas las decisiones en esos primeros meses

alentaron a Juan Carlos Riquel, un joven de 31 años que cumplía su condena en la Unidad 9 de Neuquén, a denunciar lo que había visto el 14 de marzo de 1978 desde el pabellón 11 donde vivía en Devoto. El 6 de enero de 1984, en su declaración ante el juez federal de Neuquén Pedro Duarte, Riquel utiliza las palabras “genocidio” y “masacre” por primera vez en la causa, para definir lo que había sucedido ese día: “Por una de las ventanas del pabellón en el cual se encontraba alojado, vio aproximadamente cómo un grupo de unas cuarenta personas uniformadas tiraban contra las ventanas, con armas de alto calibre, que especificará en su momento, fusiles, escopetas ametralladoras, estas personas disparaban desde el interior de la Unidad hacia las ventanas del pabellón séptimo y también hacia alguna otra ventana de los pabellones, también desde el exterior dos autos Ford Falcon disparaban con fusiles FAL, hacia ese mismo pabellón, quiere aclarar que puede aportar pruebas, testimonios, datos y colaborar con la individualización de alguna de esas personas que han sido víctimas directas y que viven actualmente y que oportunamente aportará ante el Juez Federal en turno que intervenga en esta grave denuncia”.

En cuanto al personal penitenciario, dijo que uno de los que disparaba era el segundo jefe de requisita, de apellido Romero [se trataría del subalcaide Jorge Romero, que no prestó declaración. N. de la A.], y nombró al jefe de Seguridad Horacio Galíndez, “que estaría como director en una Unidad Carcelaria de Catamarca” y el jefe de Requisita Sauvage “actualmente cumpliendo funciones como Director de la Unidad 5 de General Roca. También dijo que habría que citar como testigo al director del Instituto del Quemado, que había manifestado que “era la primera vez en su vida que ve a muertos quemados con herida de bala”.

Sobre el armamento que se habría utilizado, mencionó fusiles FAL, fusiles FAP, ametralladoras PAM, Itakas, Batan 71, calibre 12.70.

El 22 de marzo de 1984 se reabre la causa, y el juez a cargo toma más medidas que en los seis años anteriores: cita a los testigos nombrados por Riquel, así como a los penitenciaros denunciados.

Entre los nuevos testimonios está el de E.D., brindado en sede judicial el 29 de mayo de 1984. Cuenta que el 14 de marzo de 1978 estaba alojado en el pabellón 10, y a eso de las 8.30 escuchó un disparo. “Al rato, el declarante escucha que del pabellón 7º es llamado por su apodo ‘Carucha’. Ante ello, el declarante se trepa a la ventana del pabellón, un interno de apellido González, apodado ‘Capicúa’, alojado en ese momento en el pabellón 7, le

manifestó según recuerda lo siguiente: ‘Hagan algo porque aquí nos quieren matar’”. También contó haber visto “que la pasarela de la Unidad se llenaba de gente uniformada del SPF, armados, comenzando a disparar al pabellón 7 [...] que recuerda que observó también que diversos internos del pabellón 7 que intentaban treparse a la ventana del mismo, posiblemente para tomar aire, caían inmediatamente, no sabe si como consecuencia de la gran cantidad de humo, o quemados o bien por disparos de armas [...] Asimismo, desea acotar que también observó que desde la calle gran cantidad de efectivos con uniforme del ejército también disparaban contra los pabellones [...] Recuerda incluso, haber observado las clásicas camionetas o pick-up del color verde del Ejército por las inmediaciones del lugar”. Señaló especialmente al encargado de requisas Alberto Romero, que al ver que en el pabellón 10 habían puesto camas contra la reja en señal de solidaridad y protesta, les dijo “terminamos allá con aquellos y venimos a romperlos todos a ustedes”.

Veinte días después, según este relato, un grupo de penitenciarios – Romero, el jefe de seguridad interna Galíndez, y el propio director de la unidad Ruiz– llegaron al pabellón 10 encabezando una requisas armada con ametralladoras, y los acusaron de haber intentado “levantar” el pabellón el 14 de marzo.

Por último, dijo algo que otros ya habían dicho, seis años antes: que cuando se apagó el fuego, funcionarios penitenciarios sacaban a los presos del Pabellón Séptimo o los recibían cuando salían por sus propios medios “y eran brutalmente golpeados con todo tipo de elementos, fierros, gomas, cadenas, palos...”.

El 5 de junio de 1984 declaró R.I.F., de 55 años. Mencionó la misma frase que el anterior testigo, que él había escuchado desde su pabellón, el número 12, paralelo al 7, en un plano inferior: “los gritos de los internos eran pidiendo auxilio, escuchando de los reclusos ‘nos están matando’”.

Cinco presos más declararon en igual sentido, durante esos meses de mayo y junio de 1984, relatando, los cinco, los disparos, los gritos desesperados de sus compañeros del Pabellón Séptimo, los golpes brutales cuando salían, y el maltrato posterior.

En agosto de 1984, asume Armando Chamot como juez a cargo del Juzgado Nacional de Instrucción N°28, con la secretaría de Ernesto Botto, y continúa con las medidas iniciadas por López Bolado.

El 28 de noviembre de 1984 pide una prórroga de noventa días a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, que se la concede, para resolver la causa.

El 10 de marzo de 1985, siete años después de producida la masacre, el juez Chamot pide que “se certifique quiénes eran las personas alojadas en el pabellón séptimo, fojas en que prestaron declaración y a qué tenor. Asimismo, en los casos que corresponda, hospitales en que estuvieron alojados, y el número de sus respectivas historias clínicas así como también los Juzgados a cuya orden se encontraban detenidos”.

El 21 de octubre de 1986 el titular de la Fiscalía de Instrucción N°9, Juan Alberto Chiappe, lamenta tener que arribar a las mismas conclusiones a las que había llegado, siete años antes, su colega López Correa: “... de lo actuado desde 1984 hasta la fecha se han colectado, por resumirlo en apretada síntesis, dos verdades básicamente disímiles: por un lado la de los internos, y por el otro, la de los integrantes del Servicio Penitenciario Federal protagonistas del luctuoso suceso de 1978. Sus encontrados relatos, sólo mantienen en el ánimo de este Representante del Ministerio Público serias dudas sobre la posibilidad de adjudicar responsabilidades penales concretas y debidas individualizaciones o autorías. A lo expuesto cabe añadir las dificultades que el propio transcurso del tiempo opone a la pesquisa”.

Una particular versión de la teoría de los dos demonios, reflejada en diez líneas, y aplicada a un caso en el que, de un lado, hubo sesenta y cuatro muertos oficialmente reconocidos, y del “otro lado”, ni un herido de consideración. Y ello, insistimos, sin siquiera investigar a fondo las denuncias de los presos, sin llamar a declarar al personal médico, a vecinos/as, periodistas, etcétera.

El 1 de diciembre de 1986 el juez Armando Chamot sobreseyó provisoriamente por segunda vez.

Ningún integrante del Servicio Penitenciario Federal fue procesado por los hechos producidos durante los días 13 y 14 de marzo de 1978.

IV. Conclusiones en el presente

Un conjunto de organizaciones sociales, sobrevivientes y testigos¹³ resolvieron solicitar la reapertura de la causa en la que (no) se investigó lo sucedido en aquel marzo de 1978 en la cárcel de Devoto. Elaboraron *Diez motivos para investigar la Masacre en el Pabellón Séptimo*:

- 1- *Por las características del hecho en sí*: ese día, en una cárcel federal, se produjo uno de los hechos más brutales cometidos bajo la dictadura militar padecida en nuestro país entre 1976 y 1983: un incendio desatado en un pabellón, y la represión posterior, produjeron 64 muertes según datos oficiales. El hecho fue investigado por Elías Neuman, y denunciado por Daniel Barberis, en sendos libros en la década del 80. Sin embargo, la causa judicial fue archivada como suele suceder con los llamados “motines”: sin que se atribuya responsabilidad alguna a los funcionarios penitenciarios y a la dictadura militar imperante.
- 2- *Porque es necesario resignificar la etiqueta “motín”*: lo que suele llamarse “motín” es otra cosa. Un reclamo no escuchado, una protesta que se expresa de modo desesperado luego de decenas de intentos; la represión consiguiente; las mentiras: “se quisieron fugar”; “estaban armados”; “quisimos salvarlos pero no pudimos”, etc. En la mayoría de los casos lo que se llama motín es una masacre.
- 3- *Porque es preciso construir un puente entre pasado y presente*: al hablar de lo que sucedió el 14 de marzo de 1978 queremos hablar de lo que siguió pasando a lo largo de estos 35 años, aquí y en otros países latinoamericanos: muertes masivas de personas casi sin nombre, desaparecidos en democracia que se cuentan por decenas o centenares: Magdalena, Carandirú, Santiago del Estero, Comayagua, son nombres de cárceles o de ciudades donde en un solo hecho se resuelve uno de los problemas del sistema penitenciario: el hacinamiento, mediante la tortura y la muerte

13. Equipo de investigación sobre la Masacre en el Pabellón Séptimo, integrado por el Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos (CEPOC), la Asociación de Familiares de Detenidos en Cárcel Federales (AciFAD) y Asociación Mutual Sentimiento. El proyecto fue declarado de Interés para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 10 de diciembre de 2012.

de 33, 36 o 450 presos. Aquello que pasó bajo el terrorismo de Estado, y que no produjo prácticamente ninguna consecuencia jurídica, sigue sucediendo hoy, ahora, en pleno estado democrático, y tampoco provoca consecuencias.

- 4- *Porque es preciso indagar sobre cómo se ejecutó el terrorismo de Estado sobre los llamados presos “comunes”*: hay múltiples investigaciones sobre el terrorismo de Estado, en sus aspectos jurídicos, económicos, sociales. Hay decenas de libros y trabajos que abordan y estudian qué pasó en muchos campos de la vida de nuestra sociedad, durante esos años oscuros. Sin embargo, no hay un solo trabajo que indague y describa ese momento histórico con relación a la vida de los llamados presos comunes. Hay, sí, algunos testimonios personales, de algún preso en particular que vivió en la cárcel en esos años, pero no un análisis a fondo del modo en que se ejerció el terrorismo de estado sobre los presos comunes.
- 5- *Porque es preciso homenajear y rescatar a las víctimas de esa masacre*: también hay múltiples homenajes a las miles de víctimas que padecieron en su cuerpo y en su vida la brutalidad del terrorismo de Estado, así como a sus familiares. Falta un homenaje, y queremos hacerlo, a esas decenas de presos “comunes” que murieron quemados, asfixiados o baleados por funcionarios penitenciarios, señalando claramente que en la Cárcel de Devoto se cometió un crimen brutal contra la humanidad.
- 6- *Porque es preciso repensar qué es un delito de lesa humanidad*: sostenemos que dejar que decenas de personas se queman vivas, dispararles a la cabeza a los que intentaban tomar un poco de aire aferrados a los barrotes hirvientes, golpear a los sobrevivientes y llamar a todo eso “motín” configura un crimen de Estado, que no prescribe y que debe ser investigado, satisfaciendo así las más elementales necesidades de justicia para las víctimas directas, los sobrevivientes, sus familias, y la sociedad democrática en su conjunto. A 35 años de la Masacre del 14 de marzo es preciso encontrar y juzgar a los responsables penitenciarios, militares y judiciales del hecho y de su impunidad.
- 7- *Porque hay que discutir el rol del Servicio Penitenciario Federal durante la dictadura y en el presente*: como el resto de las fuerzas policiales y de seguridad, el Servicio Penitenciario Federal estaba bajo jurisdicción de las Fuerzas Armadas que tomaron el poder a partir del golpe de estado del 24 de marzo de 1976. Algunos funcionarios penitenciarios cumplieron tareas en campos de concentración como El Vesubio, que funcionó en

una dependencia propiedad del SPF; otros, dentro de su actividad regular en unidades legales, recibieron a presos y presas políticas, como quienes trabajaban en la Unidad 2 de Devoto; la Unidad 6 de Rawson, o la Unidad 7 de Resistencia, Chaco. Y todos ellos, como parte de la dependencia del SPF de las políticas de terror, aplicaron esas mismas políticas sobre los presos llamados comunes. Muchas de esas políticas y prácticas siguen vigentes, y sobre esas prácticas pretendemos indagar en este trabajo.

- 8- *Porque, del mismo modo en que los medios co-construyen una idea acerca de qué es delito y quiénes son los delincuentes, también imponen un modo de ver lo que pasa dentro de las instituciones de encierro:* lo que sucede en las instituciones de encierro suele ser mostrado sólo cuando desborda, cuando se transforma en fuego, dolor y muerte. Antes, lo cotidiano de la arbitrariedad y el maltrato es silenciado. Entonces, las protestas de los presos y el modo en que se manifiestan resultan incomprensibles. Explicar aquello que provoca la violencia es un modo de develar y dar sentido a los reclamos de presos y presas.
- 9- *Porque hay que discutir la decisión de “sacar” la cárcel de Devoto de la Ciudad de Buenos Aires:* la realidad de la cárcel pretende ocultarse, alejando todas las instituciones de encierro de los barrios a cientos de kilómetros de las familias, los tribunales, la defensa pública, la Universidad, los medios de comunicación. Lo que no se ve, los gritos que no se escuchan, las visitas que no se realizan, implican un mayor sufrimiento para las personas privadas de libertad.
- 10- *Porque para que no se repita, no hay que olvidar:* las obligaciones del Estado democrático, con respecto a las violaciones de derechos humanos, son: descubrir a los responsables, perseguirlos, juzgarlos, y eventualmente condenarlos. Además, reparar a las víctimas directas e indirectas, y tomar medidas para que esas violaciones de derechos humanos no se repitan. Ninguna de estas obligaciones se ha cumplido hasta ahora. Además de las obligaciones del Estado, hay una obligación del conjunto de la sociedad: recordar, para que no se repita.

Bibliografía

- Barberis, Daniel, *Los derechos humanos en el otro país*, Buenos Aires, Puntosur, 1985.
- De Ípola, Emilio, *La bamba, acerca del rumor carcelario*, Buenos Aires,

Siglo XXI, 2005.

Neuman, Elías, *Crónicas de muertes silenciadas*, Buenos Aires, Bruguera, 1987.

Obarrio, Manuel, “Exposición de Motivos. Nota explicativa del autor del proyecto”, en *Código de Procedimientos en Materia Penal*, edición bajo supervisión de Chichizola, Mario, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982.

Formalismo, cultura legal y Estado. El rol del juez como interfaz: el funcionario, el científico y el político

*Yanina Guthmann**

Resumen

En este artículo analizaremos una sentencia judicial en un caso de Derechos Humanos. Nos interesa seguir el punto de vista del juez y el del ex secretario del juzgado, autores del texto. El formalismo como tipo ideal se vuelve un instrumento analítico para explicar la especificidad del razonamiento de los jueces. No sólo los jueces debaten en los fallos en materia de derechos humanos la relación entre Estado y derecho, sino que también parecen aceptar que la decisión judicial es una aplicación mecánica de normas, y de este modo, se borra la subjetividad del juez, nudo de la ideología legal.

Palabras clave: formalismo, estudios críticos del derecho, decisión judicial.

* Universidad de Palermo, Investigadora del programa PISAC, MINCYT y Consejo de decanos; Licenciada en Filosofía (Paris, 1, Sorbonne); Magíster en Sociología (EHESS, Paris) y Doctora en Ciencias Sociales (UBA, FSOC). Trabajó en temas de bioética, justicia internacional y el cruce entre investigación social y derecho. Obtuvo becas nacionales (CONICET tipo I y II) e internacionales; realizó estadías de investigación, en particular en Canadá. Publicó 8 artículos en revistas y capítulos de libros, 2 artículos en evaluación y 4 publicaciones en actas de congresos. Asistió a numerosos congresos y jornadas, nacionales e internacionales. Desde el año 2009 da clases a nivel universitario, grado y posgrado. Anteriormente tuvo oportunidad de dar clases a nivel secundario en Francia. Está realizando actualmente consultorías para el MINCYT en temas de medio ambiente, ciencia, tecnología y actualmente participando del programa PISAC en el equipo de gobierno y administración pública; yaniguth@yahoo.com.ar.

Formalism, legal culture and State. The judge's place as liaison: the bureaucrat, the scientist and the politician

Abstract

In this paper, we will analyze a judicial ruling which is part of a Human Rights case. We are interested in the judge's and the clerk's viewpoints – the authors of the ruling. Formalism as an “ideal type” will be here used as an analytical instrument, a way of explaining the specificity of judicial reasoning. In the frame of rulings related to Human Rights issues, Judges do debate on the relationship between Law and State, they nevertheless also seem to accept the fact that judicial decision is the product of a mechanical application of legal norms, thus, denying their own subjectivity –an attitude that reflects the specificity of legal ideology.

Keywords: formalism, Critical Legal Studies, Judicial decision.

Introducción

En Argentina, y desde nuestra perspectiva, los juristas suelen tener el monopolio del estudio de los fenómenos legales y, en particular, de la decisión judicial, y esta tendencia es, de algún modo, una manifestación de cierta resistencia de las ciencias sociales, para acercarse por la vía analítica al derecho, a los textos legales. Como intentamos mostrar en este trabajo, hay formas de pensar el derecho en términos socio-legales, de modo que no sea necesario escoger entre el punto de vista social o legal.

En este artículo, analizaremos una sentencia judicial que es parte del expediente del Caso Simón,¹ la sentencia de primera instancia, de 2001, del Juez Federal Gabriel Cavallo: Simón, Julio y Del Cerro, Juan s/sustracción

1. Este caso, que comienza como un juicio por apropiación de niños, se transforma en un juicio por desaparición forzada de personas y culmina con la condena de un miembro de la policía federal, Julio H. Simón, en 2006.

de menores de 10 años N°8686/2000, 6 de marzo. Nos interesa seguir el punto de vista del juez y el del ex secretario del juzgado, autores del texto.²

¿Por qué este fallo? Porque en esta decisión estamos más cerca de los hechos: Cavallo es el Juez que le dice a Claudia Poblete que es Claudia y no Mercedes. Por otro lado, es el primer fallo en que se declara la anticonstitucionalidad de las leyes.³

Luego de tomar como punto de partida una determinada relación entre derecho y política,⁴ y la importancia de la subjetividad del juez en la decisión judicial (Kennedy),⁵ la idea de este artículo es acentuar las significaciones que los actores conceden a su actividad de escritura, al formalismo, al orden jurídico. El concepto de racionalidad lógica formal (RLF) de Weber será central para este fin. El formalismo como tipo ideal se vuelve en este trabajo un instrumento analítico, una forma de explicar la especificidad del razonamiento de los jueces, la escritura del derecho y sus argumentaciones.⁶ En el marco de este esquema, en este fallo, ¿estamos ante una lógica material o formal? ¿Ante la aplicación o la creación del derecho? Veremos punto por punto los cinco elementos de la RLF aplicados a este fallo. No sólo los jueces debaten en los fallos en derechos humanos la relación entre Estado y derecho, sino que también parecen aceptar que la decisión judicial es una aplicación mecánica de normas, y de este modo, se borra la subjetividad del juez.

El concepto de racionalidad legal lógica formal puede resumirse bajo cinco puntos: 1) cada decisión concreta es la aplicación de una proposición

2. Ambos fueron entrevistados durante 2007 y 2009 en el marco de esta investigación.

3. Luego hubo otros jueces federales que hicieron declaraciones de inconstitucionalidad, entre otros, los jueces Canicoba Corral y Bonadío.

4. Guthmann, Yanina, “La décision judiciaire et le ‘politique’. Analyse de la Sentence du ‘Cas Simón’ (Cour Suprême de Justice, Argentine, 2005)”, *Le souci du droit. Où en est la théorie critique*, H. Bentouhami, A. Kupiec, N. Grangé, J. Saada (dir.), Paris, Editions Sens et Tonka, 2009.

5. Guthmann, Yanina, “La décision judiciaire et le politique. Analyse de la résolution du ‘Cas Simón’ (Tribunal fédéral, Argentine), à la lumière de la sociologie du droit de Guy Rocher”, en *Le Savant et le politique: revisite du thème des mélanges de Guy Rocher*, sous la direction de Violaine Lemay et Karim Benyekhlef, Presse de l’Université de Montréal, publicación prevista para el invierno 2012.

6. Esta decisión corresponde además a un cambio de jurisprudencia en relación a una sentencia de la CSJN de 1987, que las estimó constitucionales.

legal abstracta a un caso concreto; 2) aplicación que se realiza a través de la lógica legal; 3) el derecho es un sistema completo de proposiciones legales o al menos debe ser pensado así; 4) lo que no puede ser construido legalmente es legalmente irrelevante; 5) la acción social humana debe ser visualizada como una aplicación o ejecución de proposiciones legales o una infracción.⁷

Comencemos por la decisión de anular las leyes de OD y PF. Podemos observar que esta resolución es un ejemplo “en el cual pretextando un caso particular se modifica todo o una parte de una regla”, en este caso, precisamente la inversa del primer punto en el esquema weberiano de la RLF.⁸ Sin embargo, el modo en el que la argumentación se organiza torna invisible esa “transgresión”.⁹ La interpretación de los hechos va a ajustarse en el sentido de mostrar que las leyes eran anticonstitucionales desde siempre, puesto que los delitos cometidos podían clasificarse como crímenes contra la humanidad en el momento de cometerse (incluso el voto del Dr. Petracchi que cambia de postura, no deja de reconocer la calidad de crímenes de lesa humanidad de los hechos). Ahora bien, esta interpretación implica instaurar un nuevo relato de los crímenes del pasado (espacio público) y la puesta en marcha de la consecuente política pública de justicia que tiene como efecto la consolidación del discurso de los derechos humanos (hasta entonces un discurso marginal, de resistencia). Se esboza así la tensión entre el juez burócrata y el político, los valores y objetivos de la decisión no pueden definirse sólo en función del derecho, no pueden definirse por fuera de la interacción entre hechos, interpretaciones y valores.

Por otra parte, la decisión de reconocer los crímenes de la dictadura como “crímenes contra la humanidad” suscita un supuesto conflicto técnico. La aplicación de la noción de “crímenes contra la humanidad” y la impres-

7. Weber, Max, *Economía y Sociedad*, México: Fondo de Cultura Económica. 2008, p. 509.

8. Esta decisión corresponde además a un cambio de jurisprudencia en relación a una sentencia de la CSJN de 1987, que las estimó constitucionales.

9. El objetivo de toda obra argumentativa es el de ganar o fortalecer la adhesión de la audiencia. Y la argumentación se organiza en función de la audiencia. La argumentación es entendida como un instrumento para influir en la audiencia, para condicionarla mediante el discurso. Y, para Perelman y Olbrechts-Tyteca, lo que aparece como evidente no se argumenta (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1994). Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L. *Tratado de la argumentación*. Madrid, Gredos, 1994.

criptibilidad que conlleva, no es de ningún modo evidente. Esta categoría no estaba codificada en la ley nacional cuando los delitos de Simón fueron cometidos. Esto plantea un problema “jurídico”, si pensamos en la estricta aplicación del principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional). Ahora bien, no debemos olvidar que la desaparición forzada de personas al hacer desaparecer el cuerpo de la víctima, hace desaparecer la evidencia, la prueba, y de este modo busca asegurar la impunidad. Desde esta óptica, la legitimidad de la resolución también se relaciona con la juridicidad de los hechos juzgados, con la paradoja que se crea entre los hechos y las normas. En el apartado II analizaremos cómo el juez para proteger la coherencia del orden jurídico y su lógica, va a modificar el derecho mismo: el derecho objeto, disciplina, incluso el derecho/cultura: y “en este asunto, para que el derecho penal no aplicado (en este caso el Derecho internacional), se vuelva poderoso, ha sido necesario que cambien, a la vez, el sentido del Estado y la definición de voluntad general”.¹⁰ Para dejar atrás el conflicto, la afirmación en la sentencia de la primacía del DPI sobre el derecho nacional, replantea la lógica subyacente a la decisión judicial tradicional y se plantea el rol de interfase del juez entre el científico y el burócrata.

I. La Resolución N° 8686/2000 (Juez Gabriel Cavallo)

En este apartado presentaremos el fallo del Juez Gabriel Cavallo: Simón Julio y Del Cerro Juan s/sustracción de menores de 10 años N°8686/2000 (6 de marzo 2001). Aquí transcribiremos, luego de ver la estructura de la sentencia (estructura que no se diferencia mucho de un tratado de DPI), algunos fragmentos relativos a la descripción del objeto procesal, en particular los obstáculos que encuentra a nivel jurídico para juzgar a Simón (y a Del Cerro, conocido como Colores).

ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA

Buenos Aires, 6 de marzo de 2001

AUTOS Y VISTOS: Y CONSIDERANDO:

10. Latour, Bruno, *La fabrique du droit, une ethnographie du conseil d'Etat*, Paris: La Découverte. 2002, p. 177.

I. LA PRESENTACIÓN

II. OBJETO PROCESAL DE LA PRESENTE CAUSA, CONTEXTO HISTÓRICO Y ANTECEDENTES

- A) Objeto procesal de la causa y objeto de esta resolución Contexto histórico: Situación institucional de la República Argentina a partir del 24 de marzo de 1976.
- B) El sistema clandestino de represión
- C) El enjuiciamiento de los hechos perpetrados por la represión ilegal
- D) Conclusiones de lo hasta aquí expuesto.

III. LOS HECHOS INVESTIGADOS SON CRÍMENES CONTRA EL DERECHO DE GENTES

- A) Los crímenes contra el derecho de gentes hasta la Segunda Guerra Mundial
- B) El Derecho Penal Internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial
- C) Aceptación universal del Derecho Penal Internacional
- D) Consolidación del Derecho Penal Internacional y de sus principios
- E) Consolidación del Derecho Penal Internacional y de sus principios. Continuación
- F) Jurisprudencia de tribunales domésticos de diversos estados miembros de la comunidad internacional
- G) Los hechos ocurridos en el marco de la represión política llevada a cabo entre los años 1976 a 1983 son crímenes contra el derecho de gentes
- H) La consideración jurídica del fenómeno de las desapariciones forzadas
- I) Recapitulación y conclusiones parciales

IV. EL JUZGAMIENTO DE LOS HECHOS COMO CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

- A) Los crímenes contra el derecho de gentes en el ordenamiento jurídico argentino
- B) Ley penal aplicable al caso
- C) La imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho de gentes
 - 1) La imprescriptibilidad como norma del derecho de gentes
 - 2) La aplicación de la imprescriptibilidad en el derecho interno argentino

En lo que sigue se transcriben aquellos fragmentos de la sentencia relevantes para este artículo, referidas a los dos principales obstáculos que serán objeto de la argumentación desarrollada. La viabilidad de la posibilidad de juzgar a ambos imputados, depende de dos circunstancias:

El tema de las pruebas del delito

La primera, como sucede con cualquier investigación penal regida por las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación, depende del mérito que exista en la causa para imputar a una persona la posible comisión de un hecho ilícito. En definitiva, esta circunstancia depende de las pruebas que existan en el expediente para sostener la imputación.

El problema de la vigencia de las leyes de OD y PF

La segunda circunstancia que hay que tener en cuenta en este caso para proseguir la investigación criminal (con todas las consecuencias que ello implica) respecto de las personas por las que se solicita la citación a prestar declaración indagatoria está constituida por la vigencia de las leyes 23.492 y 23.521, dado que estas disposiciones legales comparten el efecto final de impedir la persecución penal con relación a los hechos comprendidos por ellas, entre lo que se encuentran los sufridos por José Poblete y Gertrudis Hlaczik.

Las pruebas son suficientes: presentación de los testimonios

Con relación al primer punto, considero que en el presente caso existen elementos de prueba suficientes como para recibirles declaración indagatoria a Julio Héctor Simón (“Turco Julián”) y a Juan Antonio Del Cerro (“Colores”) con relación a los hechos ilícitos sufridos por José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik en su calidad de detenidos-desaparecidos. Los elementos que se tienen en consideración para ello son, entre otros, los siguientes: a) declaración testimonial de fs. 614/15 de Susana Caride; b) declaración testimonial de fs. 759/60 de Isabel Cerruti; c) declaración testimonial de fs. 620/22 y ampliación de fs. 761 de Isabel M. Fernández Blanco; d) declaración testimonial de fs. 754/56 de Juan Agustín Guillén; e) declaración testimonial de fs. 757/58 de Gilberto Rengel Ponce; f) declaración testimonial de fs. 770/71 de Jorge Enrique Robasto; g) declaración testimonial de fs. 773/74 de Mónica Evelina Brull; h) documentación aportada por la testigo

Susana Caride agregadas a fs. 578/613, consistente en declaración brindada por la nombrada en la causa 13/84, declaración no jurada de Juan Antonio Del Cerro brindada ante la Excm. Cámara del Fuero, artículo del periodista Martín Caparrós, recorte del diario *Crónica* del 5-4-1984, lista de represores del Olimpo; i) legajos remitidos por la Subsecretaría de Derechos Humanos a 751, agregados a fs. 631/750, consistente en, entre otras cosas, declaraciones ante la CONADEP de Juan Agustín Guillén, Susana Caride, Elsa Lombardo, Víctor Basterra, Carlos Enrique Ghezan, Isabel Fernández Blanco; j) declaración de fs. 800/13 de Hugo Merola; k) declaración de fs. 816/27 y 828/49 de Jorge Robasto; l) declaraciones de fs. 851 a 878 de Mario César Villani, listas de represores y secuestrados producida por Mario Villani de fs. 882/91; m) declaraciones del legajo de CONADEP de Graciela Trotta de fs. 895/907 y 914, como asimismo la declaración de la nombrada prestada ante este Juzgado el 13 de octubre del corriente año; n) lista de secuestrados de la CONADEP de fs. 908/11; ñ) lista de represores de la CONADEP de fs. 912/13; o) informe acompañado a fs. 918 por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y que se encuentra agregado a fs. 971 en adelante, consistente en un informe del C.C.D. El Olimpo de detenidos en dicho lugar; o) sentencia pronunciada por el pleno de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en la “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, en especial casos, 93 y 94; p) Informe producido por la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas denominado “Nunca Más”, en especial el capítulo II “Víctimas - La represión no respetó inválidos ni lisiados”.

Las leyes resultan nulas

Con relación al segundo punto que se debe observar en este caso; esto es, el escollo que significan las leyes 23.492 y 23.521 para poder recibirles declaración indagatoria a Del Cerro y Simón, a lo largo de esta resolución se demostrará que estas leyes resultan nulas de acuerdo con lo previsto por el artículo 29 de la Constitución Nacional y, que resultan inválidas para el ordenamiento jurídico argentino (que incluye entre su normativa al derecho internacional general y contractual), con lo que se concluirá que, este Juzgado se encuentra en condiciones de recibirles

declaración indagatoria a los nombrados, y consecuentemente, que el Poder Judicial y el Ministerio Público se encuentran en condiciones de ejercitar la acción penal en el marco de sus respectivas competencias procesales y funcionales.

Sentado ello, y teniendo en cuenta las especiales características que reviste el presente caso, resulta ineludible comenzar su análisis con una descripción y evaluación del contexto histórico en el que los hechos que constituyen el objeto procesal de la presente causa ocurrieron (Resolución N°8686/2000).

II. La decisión judicial, una particular articulación entre hechos y normas

A) LOS HECHOS Y LA VOLUNTAD DE CASTIGAR

La decisión del Tribunal Federal de anular las leyes de OD y PF tiene consecuencias muy importantes para la democracia argentina y podría ser considerada un “litigio de reforma estructural”¹¹ ya que fuerza al Poder Ejecutivo a corresponder con políticas públicas”.¹² Exige en particular una política de justicia respecto a los crímenes cometidos por las Fuerzas Armadas durante la dictadura, luego de más de veinte años. ¿Pero de qué modo el juez pudo haber arribado a esta decisión? El ex juez federal Gabriel Cavallo se explica:

“Para hacer una síntesis de los hechos tal como ocurrieron objetivamente [...] Yo tenía una investigación sobre apropiación de bebés [...] Y como para todas estas investigaciones que quedaron por fuera del alcance de

11. Roberto Gargarella, “La Corte, el Riachuelo y las comisarías”, Página 12. Contratapa. [On line] Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-70077-2006-07-18.html>. (2006, julio 18).

12. En la Argentina, el control de constitucionalidad es descentralizado, tal como en Canadá: la facultad de declarar inconstitucional cualquier ley puede ejercerse en cualquier tribunal, y no existe un tribunal específico para esto. Ver René Provost, “Emergency judicial relief for human rights violations in Canada and Argentine”. *Miami Inter-American Law Review* 23, 1991-1992, 693-760.

las leyes de OD y PF, se dieron todos los pasos necesarios para saber si esa persona que se denunciaba como apropiada era en verdad hija de desaparecidos o no. Luego de proceder a eso, que es un trabajo normal, de rutina, se llega a la certeza que esa joven Mercedes Landa no es Mercedes Landa, sino Claudia Poblete, y hubo que comunicarle esa certidumbre. Y eso, constituyó para mí un problema subjetivo” (entrevista al ex Juez federal Gabriel Cavallo, 2007).

La dominación legal en los tipos empíricos weberianos está caracterizada como impersonal, la obediencia no se refiere a la persona misma del que detenta el poder, está condicionada por el contenido obligatorio de las normas jurídicas establecidas por el derecho positivo, por el derecho en cuanto tal. Ahora bien, el juez muestra que la decisión parte de una certeza frente a los hechos (las pruebas de identidad se hacen por el método de correspondencia de ADN) que le generan un “problema subjetivo”:

“Se daba una situación muy paradigmática, aquí la suerte corre con cierta ventaja. Y las mismas personas que estaban imputadas por la apropiación de la menor eran Julián y Colores. Eran las mismas personas que habían secuestrado a los padres, esto surgía de la causa pero no se podía investigar. Entonces, ¿qué pasaba? Era inevitable pensar que no hubiera habido apropiación de la menor si previamente no hubiera habido secuestro de los padres. Pudo haber sido diferente. En líneas generales, es diferente. El que secuestra al menor es diferente al que secuestra los padres. En este caso, eran los mismos. De hecho, a la nena la secuestraron con la madre. Ella no nació en cautiverio. Tenía 8 meses. Entonces, ¿qué pasaba? Se daba esta cosa paradigmática. Yo podía perseguir a estos señores por la apropiación de una menor y condenarlos porque estaban afuera de la excepción leyes de OD y PF y habían tenido una actitud humanitaria para con la nena. Se la habían dado a una familia para que la criara. No la habían matado como pasa con otros casos. Entonces, los condenabas a fuertes penas por una actitud humanitaria, entre comillas, y no podías perseguirlos por el otro delito, que era la muerte de los padres. Es un contrasentido lógico muy complejo de elaborar” (entrevista al ex juez Gabriel Cavallo, 2007).

Según el juez, los hechos, tal como se presentaron no encontraban en el orden legal vigente una proposición abstracta que les correspondiera sin que eso llevara a un contrasentido.¹³ Las normas aplicables se habían vuelto demasiado formales respecto del caso. Podríamos preguntarnos, sin embargo, si ese contrasentido lógico derivaba de un “conflicto subjetivo” del juez o si respondía a criterios más generales y objetivos. ¿En qué sentido la voluntad de castigar que manifiesta el juez luego de conocer los hechos, puede ser pensada como una convicción totalmente subjetiva?

El punto que distingue de modo categórico la RLF de la racionalidad material no es el modo de orientación de la acción, sino la derivación externa de sus criterios. En el caso de la última, las normas no se obtienen por la generalización o abstracción lógica, ellas corresponden a imperativos éticos, utilitarios o principios políticos. ¿En qué sentido los criterios de decisión del juez estudiados son externos a la legalidad? ¿En qué sentido la voluntad de castigar puede considerarse un objetivo específicamente político, ético, utilitario o un criterio legal?

Según Weber, un derecho es formal cuando hay una visión unívoca de los hechos.¹⁴ Este formalismo ofrece dos aspectos, uno de orden sensible. Por ejemplo, cuando se exige que una palabra sea pronunciada, una firma hecha o una acción particular sea ejecutada, cuyo sentido simbólico esté establecido jurídicamente a través de una interpretación lógica. El rigor del formalismo de orden externo es matizado por la racionalidad formal interna, las características jurídicamente importantes son, en ese caso, obtenidas por una interpretación lógica. Se construyen así series de conceptos

13. En el proceso a las Juntas de 1985 los imputados no fueron juzgados por el delito de sustracción y robo de menores; ese delito quedó de modo explícito fuera de la protección de la ley de OD. Al haber quedado fuera del Juicio a las Juntas y de las leyes de PF y OD, el delito de apropiación de niños pudo seguir siendo investigado penalmente. Para Alan Iud, “en los últimos años se consolidó en la jurisprudencia argentina el criterio de que los niños apropiados durante la última dictadura militar son víctimas de desaparición forzada de personas. [...] se trata de una definición de suma importancia pues arrastra diversas consecuencias jurídicas bien conocidas, como otorgarle el carácter de crimen imprescriptible”. Alan Iud, “Jóvenes apropiados y reducción de penas”, *Página 12*, secc. El País, 10 y 11, 2011, octubre 17.

14. Weber, Max. *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica. 2008, p. 511.

jurídicos claramente definidos, aplicados bajo la forma de reglas rigurosamente abstractas. La racionalización material significa, por otro lado, que la resolución de los problemas jurídicos debe estar determinada por imperativos éticos, reglas utilitarias o presupuestos políticos que quiebran el formalismo de la abstracción lógica. Una sublimación jurídica específicamente técnica, en el sentido actual, sólo es posible cuando el derecho tiene un carácter formal.¹⁵

En la sentencia, los hechos aparecen como evidentes, el juez no tiene duda alguna de que constituyen crímenes contra la humanidad:

“Los hechos son siempre homicidios. Y entonces ¿qué ocurre? Este homicidio es un crimen de lesa humanidad, es una categorización que nosotros hacemos, es un crimen de lesa humanidad, porque reúne todas las características tipológicas que definen el crimen de lesa humanidad. Por lo tanto si ese tipo de crimen es imprescriptible, [...] ha sido cometido en esa fecha, y estaba sometido a una pena ya en esa fecha, y por consiguiente no puede prescribir” (entrevista al ex Juez Gabriel Cavallo 2007).

Y esa evidencia pues, conlleva consecuencias para el acusado del caso y también para el orden legal en general:

“Al considerar lo que se dijo, que los hechos aquí investigados son delitos de gente (crímenes contra la humanidad) en lo que sigue se considerará las consecuencias jurídicas que resultan para nuestro orden jurídico” (Sentencia 2001, Dr. Cavallo).

15. Weber identifica la racionalidad material del derecho islámico como opuesta a la racionalidad formal del derecho occidental, el contenido material de los contratos se determina por las partes al interior de un proceso fijado por el legislador. Para más profundidad, ver las contradicciones entre el formalismo jurídico y las exigencias de la democracia en Guillermo Munné, “Racionalidades del derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico”. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/racionalidades-del-derecho-segn-max-weber-y-el-problema-del-formalismo-juridico-o/>. 2008. En este artículo Munné advierte tendencias hacia la materialización del derecho formal en la dogmática jurídica y, en ciertas exigencias materiales de la democracia, que pretenden introducir cuestionamientos de orden ético.

Esta interpretación implica la instauración de un nuevo relato de los crímenes del pasado (espacio público) y la implementación de la política pública de justicia consiguiente, la consolidación del discurso de los derechos humanos. Hay, pues un cambio de punto de vista penal concreto. Como dijimos ya, en su calidad de crímenes contra la humanidad, esos delitos están sometidos a un régimen jurídico fuera del derecho común; se tornan imprescriptibles, de proceso posible ante un tribunal de jurisdicción internacional, incluso para los Jefes de Estado, Ministros, Generales; con exclusión de justificativos tales como orden de ley (legítima) u OD. Como advertimos anteriormente, se produce una ruptura del tipo de las responsabilidades penales establecidas en el proceso a las Juntas. Desde un punto de vista conceptual, surge una nueva configuración y revela las dificultades del derecho público, del Estado absoluto pero inocente.¹⁶ Y ese cambio conceptual trae consecuencias, entre otras, para pensar la continuidad del Estado criminal durante la ruptura de 1983: relación intrínseca entre Estado de derecho y Fuerzas Armadas en la Argentina. El nuevo régimen de derecho mantuvo y mantiene muchos de los actos jurídicos realizados por el anterior régimen, es decir, las normas creadas por la dictadura son reconocidas como normas vigentes por la nueva administración.

¿Estamos acaso ante una acción por convicción según valores, o ante una acción por responsabilidad, en función de objetivos (fines)?¹⁷ ¿El juez actúa como burócrata o como político? ¿Se puede deslindar verdaderamente la voluntad de castigar a los responsables de esos crímenes del análisis legal y lógico del sentido de las normas aplicables al hecho? ¿Acaso los hechos pueden desvincularse completamente de las normas y su interpretación? ¿No habría una dimensión legal inherente a los hechos? ¿Por dónde pasa la delimitación de lo legal? Según el Juez Gabriel Cavallo, la ausencia de la política es la que lleva a la transgresión del rol del juez:

16. Thomas, Y., "La vérité, le temps, le juge et l'historien". *Le Débat*. 102, 17-36. 17, 1998.

17. En la sociología weberiana, la figura del hombre político de profesión-vocación es construida en oposición a la del burócrata especializado. Contrariamente al hombre político, este es también responsable de lo que hace, pero no de las consecuencias que se desprenden de sus actos, su especialización le impide medir el impacto de su acción sobre los dominios de los demás, y por otra parte no se hace cargo del futuro de la nación. Bruhns, Hinnerk y Duran, Patrice (eds.), *Max Weber et le politique*. Paris: L.G.D.J., 2009.

“No, lo que pasa en este país, digo esto desde este lado, en todas las manifestaciones aparece como una espera de justicia impresionante, una carga para los jueces, para los jueces que son honestos [...] Pero eso es por culpa de la ausencia de política. Esto no tiene que ver con la ley de OD y PF, pero no es posible que los jueces den solución al problema de la seguridad, no es un problema de los jueces. Sin embargo, está instalado que es problema de los jueces. En realidad, los jueces llegamos después del hecho. No podemos prevenir el hecho” (entrevista al Dr. Cavallo, 2007).

En particular, reconoce que, para los jueces “estar a la vanguardia no es la solución”. Se plantea entonces el nivel de la responsabilidad del funcionario del Poder Judicial respecto de las políticas públicas y de los problemas.

Por otro lado, la dimensión legal de los crímenes, hacer desaparecer los cuerpos, formó parte de la lógica de la represión sistemática ejercida por los altos mandos militares. Hay por lo tanto una dimensión legal en la práctica de la desaparición, la impunidad inherente a los actos mismos de los crímenes contra la humanidad. La ausencia del “cuerpo del delito” vacía el objeto procesal y la figura del homicidio es inaplicable: la acción de las autoridades que consistía en hacerlos desaparecer (de modo clandestino) para después poder decir que no sabían dónde estaban.

Si dejamos momentáneamente la respuesta a esta pregunta para más adelante, lo que se puede afirmar es que el juez decide finalmente anular las leyes de OD y PF. Los hechos del Caso Simón implican pues un movimiento de control de constitucionalidad. Y ese tipo de decisiones inaugura una etapa jurisprudencial que corresponde a lo que señala Provost: “En el área del control de constitucionalidad, los tribunales argentinos han demostrado ser tan creativos como los tribunales de Common Law”.¹⁸ Para un régimen de derecho civil, y en el marco de los esquemas weberianos, la pregunta que puede plantearse es ¿en qué sentido la decisión excede los límites de lo legal? ¿En qué sentido podría ser pensada como una transgresión ya que nace de una simple convicción del juez ante los hechos?

18. René Provost, “Emergency judicial relief for human rights violations in Canada and Argentine”, *Miami Inter-American Law Review* 23, 1991-1992, p. 719.

Perelman y Olbrechts-Tyteca sostienen “que lo que aparece como evidente no se argumenta”.¹⁹ Según Gordillo, una argumentación desarrollada excesivamente, con argumentos que se acumulan, corresponde a menudo a un tribunal que no se siente seguro, que debe demostrar que no había otra elección posible. Ahora bien, esta sentencia es muy larga. Las 168 páginas de la sentencia insinuarían tal vez la idea de una “transgresión legal”, ligada al esbozo de una nueva legitimidad.²⁰ ¿Acaso una nueva legitimidad que evidencia de manera muy visible el límite entre creación y aplicación del derecho?

B) TRANSGRESIÓN LEGAL Y ARGUMENTACIÓN: ¿RACIONALIDAD LEGAL LÓGICA MATERIAL O FORMAL?

Una vez que la decisión fue tomada, el juez imagina que esa decisión no iba a poder circular fácilmente en el sistema. El objetivo de toda obra de argumentación es la de conquistar o fortalecer la adhesión de la audiencia. Y cuando la argumentación se organiza en función de la audiencia, es un modo de influenciarla:

“Imaginate, que para declarar la inconstitucionalidad de una ley que fue declarada constitucional por la Corte, debés ofrecer a la Corte argumentos que la Corte no tuvo en consideración en su momento. Y entonces tratamos de poner todo sobre la mesa sin decir que alguna cosa era más importante que otra, poner todo [...] Quizás hoy (2007) sería suficiente plantearlo así (aplicando sólo el art. 118 *jus cogens*), en ese momento no bastaba, pero no en razón de un defecto normativo sino a causa de un asunto de hechos en realidad” (entrevista al juez Cavallo, 2007).

El juez duda que esta decisión pueda ser aceptada en una instancia superior. En este sentido, según Derrida, la indecidibilidad no es equivalen-

19. Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación*. Madrid: Gredos, 1994.

20. Gordillo, Agustín, “Cómo leer una sentencia. Actualidad en el derecho público”, Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, pp. 29-53.

te a la parálisis, es una condición de posibilidad para la acción política. Si supiéramos por adelantado hacia dónde decidir, no sería necesario decidir. Los momentos verdaderamente políticos están siempre plagados de incertidumbres y las decisiones nunca sobrepasan completamente la indecidibilidad.²¹ El Dr. Parenti lo confirma:

“Teníamos la idea de que la sentencia no sería confirmada, quizás por la Cámara Federal de Apelaciones sí, pero no por la CSJN. Suponíamos que tenía pocas posibilidades de consagrarse como doctrina dominante [...]; sin embargo, me parecía importante, que un juez dijera eso, que era lo que había que decir [...] Muchas de las cuestiones que tratamos en el fallo eran difíciles, las pensamos mucho y hoy las sigo pensando” (entrevista al Dr. Parenti, 2007).

La decisión coincide con un punto de vista marginal respecto al *statu quo*; esto explicaría las vacilaciones, las dudas y también la necesidad de argumentar de modo sólido. La Dra. Varsky, ante la pregunta sobre si esperaba que la CSJN fallara por la nulidad de las leyes, comenta las estrategias del juez Gabriel Cavallo en este sentido:

“—¿Creyó que la CSJN iba a resolver como lo hizo?
—Cuando lo planteamos era todo un camino por recorrer y fue muy satisfactoria la primera resolución de Gabriel Cavallo. Se trató de una resolución muy larga y muy interesante ya que era la primera vez que se hacía un análisis tan claro sobre el derecho internacional penal y sobre la posibilidad de hablar de genocidio. Además, tomaba el argumento de la inconstitucionalidad por el art. 29 de la CN. También ayudó que las leyes ya habían sido derogadas en el 98. Entonces, la primera resolución de Cavallo fue así como un empuje, aunque sabíamos que todavía teníamos que pasar por el filtro de la Cámara Nacional de Casación. [...] Pero sí, desde el primer momento que uno lo está planteando sabe que corre riesgos, pero tiene la esperanza de que todo salga bien” (*Revista Jurídica Universidad Di Tella*, 2007).

21. Sokoloff, William, “Between Justice and Legality: Derrida on decision”, *Political Research Quarterly*, 2, 341-352. 2004, p. 345.

La reforma del año 2003 del sistema de justicia, y en particular de la CSJN, fue un hecho esencial. El Dr. Parenti, ante la pregunta por las expectativas, aclara:

—¿Pensaban que el fallo iba a prosperar?

—No teníamos demasiadas expectativas de que fuera confirmado por la Corte. Eran días del gobierno de De la Rúa, que estaba negando sistemáticamente las extradiciones de militares a España y otros países, y estaba la Corte menemista. Nos propusimos hacer un fallo que fuera lo más difícil posible de revocar. Y creo que el hecho de que casi todo el mundo lo recibió como un fallo muy fundado le dio un prestigio adicional y quizás hasta le permitió una sobrevida mayor. Obviamente, no hay que engañarse: creo que aquella Corte lo hubiera revocado. La Corte que lo termina confirmando, en 2005, ya no era la Corte menemista” (entrevista Dr. Parenti, *Página 12*, 2011).

En el marco de este tipo de racionalidad, el juez, sobre la base del análisis lógico del sentido de las normas válidas, escoge una norma sin medir las consecuencias sociales de su elección, y luego las aplica a los hechos.²² Esto contrasta con la racionalidad material. El juez puede actuar según su convicción si sigue mandatos religiosos o normas del derecho natural, sea en función de consecuencias u objetivos (sociales o políticos).

Cualquier operador jurídico, abogado o juez, puede influir en el derecho. Según Kennedy:

“Los siguientes son tres tipos de comportamiento estratégico en la interpretación. Primero, intentar encontrar argumentos jurídicos que producirán el efecto de necesidad jurídica para un resultado, esto es para una norma aplicada a los hechos dados, diferente del resultado que al principio aparecía como obviamente exigido. Por ejemplo, haciendo

22. Para Weber, la racionalidad legal formal puede ser más o menos lógica. El más alto análisis del sentido lógico corresponde al derecho civil; la racionalidad del Common Law británico corresponde a una modalidad más primitiva. Sin embargo los dos sistemas contrastan con la racionalidad material como forma de pensamiento legal. Ver Weber, Max, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.

que parezca que necesariamente hay una excepción a la norma que en apariencia cubre el caso, o que el verdadero significado de la normas es diferente de lo que aparecía al principio. Segundo, intentar que lo que en apariencia era una decisión judicial obviamente discrecional parezca ser una decisión en la que, después de todo y contra-intuitivamente hay un resultado particular, una norma aplicada a los hechos, que es exigido por los materiales. Tercero, intentar desplazar un resultado inicialmente exigido de manera obvia por el derecho por una percepción de la situación en la cual el juez está obligado a elegir entre alternativas jurídicamente permisibles” (Kennedy, 2010).

III. La decisión judicial y el conflicto entre “justicia” y “legalidad”

A) LA DECISIÓN DEL JUEZ GABRIEL CAVALLO

Ahora bien, aunque el caso aparezca como “difícil”, y a pesar de este alegado menoscabo del principio de legalidad, el juez decide juzgar a Simón y considerar los delitos imputados como “crímenes contra la humanidad”. ¿Cómo justificar esa decisión? El juez utiliza como argumento el artículo 118 de la Constitución Nacional original (1853) que se refiere al derecho de gentes:

“Los tipos penales en vigor en la legislación argentina vedaban ya en esa época las conductas que integraron el plan sistemático de represión [...] Al aplicar los tipos penales de su legislación, la República Argentina puede por lo tanto, juzgar los crímenes contra la humanidad que ocurrieron en su territorio [...]. En otros términos, conforme al art. 118 de la Constitución Nacional, los tribunales nacionales son responsables de juzgar los delitos contra el derecho de gentes” (Resolución juez Gabriel Cavallo, 2001).

Ante esta afirmación se plantea otra cuestión importante: ¿puede el mencionado artículo sobre el derecho de gentes establecer la aplicación del DPI tal como este ha evolucionado en estas últimas décadas? La interpretación del juez permite juzgar los crímenes de Simón mediante los tipos pena-

les internacionales en vigor en el momento de ser cometidos. ¿Existía ya en 1853 esa concepción de los crímenes contra la humanidad? ¿Existía la misma idea de comunidad internacional? El juez resuelve esa cuestión al elegir una interpretación dinámica.²³ El conflicto entonces se disuelve:

“El conjunto de conductas que en ese momento se consideraba en esa categoría (crimen de lesa humanidad) era sin duda, diferente a la actual. [...] la noción de delitos contra el derecho de gentes es necesariamente variable y evoluciona históricamente. Sería posiblemente necesaria, una investigación histórica para determinar exactamente en qué delitos pensaban los constituyentes [...] Sin embargo, yo creo que sería un error emprender una investigación de ese tipo a los efectos de usarla de parámetro de interpretación, para determinar el alcance del art. 118 [...] hay que interpretar el derecho de gentes que la ley consagra en su texto, en un sentido dinámico [...]” (Resolución del juez Gabriel Cavallo, 2001).

Y al afirmar la posibilidad de juzgar los crímenes de la dictadura como crímenes contra la humanidad, el juez da un paso jurisprudencial importante; es la primera vez que se aplica esta categoría a nivel nacional. Es un sentido dinámico de interpretación de la CN.

En esta sentencia se esboza una retórica universalista relacionada con el derecho internacional y que expone una antigua dicotomía entre derecho natural y derecho positivo. Esta dicotomía abre la pregunta por la interpretación de los agentes judiciales y su vinculación con la legitimidad. Según

23. Hay diversas formas de interpretar la Constitución. Entre ellas, la interpretación dinámica obliga a los jueces a buscar los orígenes de la norma para luego actualizar el sentido adecuándolo a “la realidad viviente” de la época. Gargarella considera que “la idea de tener una Constitución viva resulta, a primera vista al menos, muy atractiva, porque ella viene a descalificar una alternativa que parece claramente desagradable, cual es la de estar sujetos por la de estar sujetos por la mano muerta del pasado”. El problema que surge luego es “por qué es que debemos dejar que los jueces sean los que determinen cuáles son estos ‘avances’ y cuál es su alcance”. Ver Gargarella, Roberto, *De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina*. [Online] Disponible en: <http://gargarellaramirez.blogspot.com/2009/09/de-la-alquimia-interpretativa-al.html>, 2009.

Rocher y Coutu, para quien quiera entender las relaciones existentes entre la esfera de la política y del derecho es necesaria “una reflexión que se centre sobre la idea de legitimidad”.²⁴

Según Weber, las concepciones iusnaturalistas no logran fundar la legitimidad del orden jurídico. Y el abandono de la idea de derecho natural como fundamento de la legitimidad del derecho contemporáneo se explica en Weber, entre otras cosas, por la diferenciación entre esferas de actividad y valores, entre ser y deber ser, entre ciencia, burocracia y política.

B) LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMIDAD Y EL DPI: EL JUEZ CIENTÍFICO, EL JUEZ BURÓCRATA, EL JUEZ POLÍTICO

La teoría weberiana de la ciencia tiene como centro de gravedad el dualismo entre el ser y el deber ser. Las normas del derecho que analiza la dogmática jurídica no son tangibles, proceden de la esfera ideal del deber ser; la regla de derecho desde el punto de vista de la dogmática jurídica aparece como una norma de evaluación que sólo tiene un valor axiológico.

En la sentencia que aquí se estudia se puede destacar, en primer lugar, su extensión, 168 páginas; en segundo lugar una estructura de presentación que es singular: se presenta en siete capítulos bajo los cuales las diferentes secciones de una decisión judicial son expuestas de manera explícita, o no. Si se miran los títulos y subtítulos, sin contar el encabezamiento y la resolución, se podría hablar de un artículo de doctrina. Y según el relato del Dr. Parenti, a cargo de una parte del trabajo de escritura, la demarcación entre doctrina y jurisprudencia es difusa:

“Nos hemos encontrado con un universo bastante novedoso. Yo sabía muy poco de derecho penal internacional. Nos pusimos a estudiar mucho. Fueron cinco, seis meses muy intensos de 16 horas diarias [...] Era muy intenso, e intelectualmente también” (entrevista al Dr. Parenti, 2009).

Años más tarde, recuerda esta experiencia en los mismos términos:

24. Rocher, Guy y Coutu, Michel, *La légitimité de l'Etat et du droit. Autour de Max Weber*. Québec: Presses Université de Laval, 2005, p. 2.

“Fue más que un trabajo, fue una experiencia de vida, algo apasionante donde jugaban fuerte los deseos, pero también había que hacer un esfuerzo por mantener la cabeza fría. [...] Se planteaban cuestiones jurídicas muy complejas. Lo más difícil era la idea de aplicar directamente normas del derecho penal internacional por parte de tribunales nacionales, sobre todo la imprescriptibilidad. Para entender eso no sólo hubo que estudiar mucho, sino que hubo que luchar contra nuestros propios límites, nuestra manera de entender el derecho hace diez años. Hoy todo el mundo reconoce el valor del derecho penal internacional, se habla con naturalidad de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, pero en aquel momento todo eso sonaba raro para nuestra cultura jurídica. La sensación fue que estábamos caminando por un terreno bastante virgen” (entrevista al Dr. Parenti, *Página 12*, 2011).

Sin embargo, el efecto de la novedad no debería ser un dato extraño en el sistema judicial. En el derecho, a diferencia de la ciencia, el caso le toca al juez no en virtud de su conocimiento o de su sensibilidad respecto de los hechos o del tema, sino por el azar burocrático. Latour observa durante su etnografía del Consejo de Estado francés:

Del mismo modo que los consejeros por definición evalúan sólo asuntos que desconocen y de los cuales escuchan hablar por vez primera, sin otro instrumento que su memoria y algunas notas, los investigadores sólo se ocupan del “legajo”, de la parte que sólo ellos conocen perfectamente, mediante el estrecho visor de un instrumento, de una disciplina, de una especialidad, en la que invirtieron años para conocer (Latour, 2002, p. 212).²⁵ Y dada la novedad, se torna necesaria una investigación:

“En general... en lo que se ha podido explorar a nivel de manuales, monismo, dualismo, [...], el derecho internacional tenía una respuesta a esto, el derecho penal otra, el derecho constitucional otra, se advertían tres dominios desconectados entre sí. [...] Había pues que llevar a cabo una exploración que no se podía lograr con la bibliografía que teníamos a mano” (entrevista Dr. Parenti, 2009).

25. Latour, Bruno, *La fabrique du droit, une ethnographie du conseil d'Etat*, Paris: La Découverte, 2002.

La descripción de la investigación no parece muy diferente a la de una investigación académica. Los temas tratados exigen que el secretario del juzgado estudie los manuales. Según Latour: “Los científicos al igual que los jueces tienen el mayor respeto por lo que ya está publicado y que puede verse en los textos, [...] gracias al juego de las citas, de las referencias”.²⁶

Otros secretarios letrados cuentan las mismas dudas, los mismos procesos, siempre relativos a casos por crímenes cometidos durante la dictadura. Un ex secretario letrado de la Justicia Federal cuenta, en el caso Videla que llega a la CSJN en 2003, por apropiación de niños:

“Ahí me costó encontrar argumentos, un tema era el de la competencia [...] Y había otra garantía el *non bis in idem*: nadie puede ser perseguido que no haya sido condenado o absuelto, ese había sido indagado por todos los hechos, las primeras indagatorias eran muy abiertas no se le preguntaba por nada en particular. Es novedoso porque te juro que me senté y había cosas que no estaban dichas. Si vas a buscar el expediente que también lo puedes ver, fijate cuál era la discusión y lo que sale de la cámara, no había una discusión jurídica, no es que nosotros copiamos los argumentos de las partes porque nadie había hecho nada bueno ahí... yo creo que el primero que rompe es Cavallo porque se hace cargo de muchos problemas, el tema de la competencia, el tema de la prescripción, el tema de la aplicación del derecho internacional público, el tema de la cosa juzgada porque yo ya tenía esa idea pero sí fue difícil encontrarle la vuelta al tema de la prescripción y sobre todo encontrarle la vuelta a la competencia que, finalmente, había doctrina en derecho procesal que habla de las posibilidades de cambio de competencia en caso en que un tribunal desaparezca, hablan de imposibilidad material. Dicen que puede haber un tribunal *ex post facto* pero si hay imposibilidad material porque el tribunal desaparece, alguien lo tiene que juzgar” (entrevista al ex secretario letrado de la Cámara Federal en lo Criminal, 2007).

26. Latour, Bruno, *La fabrique du droit, une ethnographie du conseil d'Etat*, Paris: La Découverte, 2002, p. 236.

Si bien Weber siempre desestimó la pretensión de extraer de la ciencia imperativos políticos, nunca rechazó el apoyo de la ciencia a la decisión política. El conocimiento no es sólo la condición indispensable para el desarrollo de la ciencia, constituye también la base necesaria para una acción real y eficaz. El trabajo de la ciencia contribuye tanto a la explicitación de los valores y juicios subyacentes a una acción, como a comprender el alcance práctico de sus efectos.

“Hay muchas cosas que uno podría no haber escrito, pero nosotros, hemos pensado en la gente de nuestra edad y a los más jóvenes también, por ejemplo todo ese primer capítulo que habla del Juicio a las Juntas, era importante que eso fuera dicho... y no sólo resolver el caso...” (entrevista al Dr. Parenti, 2007).

Hay pues, una tarea pedagógica que se esboza y la idea de audiencia como criterio. ¿Para quiénes escriben los jueces? ¿El perímetro de la audiencia se delinea a nivel del campo legal o del sistema judicial? Hay también una diferencia respecto de las ciencias: “Mientras que en el laboratorio se intenta todo para relacionar las particularidades del objeto del que se habla con lo que se escribe sobre él, en el Consejo de Estado francés, por el contrario, se hace todo para alcanzar un resultado alejado de las particularidades del asunto”.²⁷ ¿Dónde está el acusado en todo esto? ¿Dónde está Claudia Poblete? ¿En qué lugar están representados los desaparecidos, nudo central de este caso?

Cuando se analiza el punto de vista de los actores:

“Se entiende mejor que [...] el hecho es aquello de lo cual uno intenta desprenderse lo antes posible para pasar a otra cosa, el vínculo jurídico, que es el único importante, porque es aquel que requiere la máxima atención de los jueces.”²⁸

27. Latour, Bruno, *La fabrique du droit, une ethnographie du conseil d'Etat*, Paris: La Découverte, 2002, p. 225.

28. Latour, Bruno, *La fabrique du droit, une ethnographie du conseil d'Etat*, Paris: La Découverte, 2002, p. 227.

El Dr. Pablo Parenti, un apasionado del análisis legal, reconoce, sin embargo:

“Después, cuando todo comenzó a progresar tuve menos motivación para participar en los juicios; si bien pensaba que era muy bueno en el plano institucional, en lo personal no tenía el mismo interés en participar en la investigación de los hechos en un proceso judicial concreto” (entrevista al Dr. Parenti, 2009).

Y este compromiso con la veta científica, el producir y comunicar conocimientos, no pareciera corresponderse plenamente con la imagen de la neutralidad del acto de juzgar, de la objetividad como subjetividad legal.

Conclusión

Hoy en día, muchos de los postulados de la sociología del derecho de Weber se presume están superados y la sola idea de la racionalidad legal formal quizá a muchos les suene pintoresca. Sin embargo, más allá de esta impresión de otra época, el tratamiento autónomo y especializado del jurídico recurriendo sólo a supuestos propios de lo legal, independientes de consideraciones externas de carácter ético, político, religioso y económico así como su articulación con el funcionamiento burocrático, son aspectos fructíferos cuando recalamos en el análisis de la práctica jurídica real y si buscamos sus implicaciones en otros ámbitos más allá de la producción del conocimiento científico.

Por último y a modo de conclusión, hay una diferencia importante entre la jurisprudencia y la doctrina, el hecho de encontrar divergencias en la teoría no impide zanjar entre ambas. Sin embargo, lo propio de la jurisprudencia es “la capacidad de dar (o de tener) la última palabra”.²⁹ En tal sentido, la argumentación weberiana sobre la responsabilidad sienta las bases de una verdadera reflexión sobre las relaciones entre ciencia y acción que muestra con sutileza la real complejidad de los vínculos entre juicio de hecho y juicio de valor, entre explicación y prescripción.

29. Latour, Bruno, *La fabrique du droit, une ethnographie du conseil d'Etat*, Paris: La Découverte, 2002, p. 252.

Bibliografía

- Bruhns, Hinnerk y Duran, Patrice (eds.), *Max Weber et le politique*. Paris: L.G.D.J., 2009.
- Gargarella, Roberto, *De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina*. [Online] Disponible en: <http://gargarellaramirez.blogspot.com/2009/09/de-la-alquimia-interpretativa-al.html>. 2009.
- Gargarella, Roberto, “La Corte, el Riachuelo y las comisarías”, *Página 12*. Contratapa. [Online] Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-70077-2006-07-18.html>. (2006, julio 18).
- Gordillo, Agustín, *Cómo leer una sentencia. Actualidad en el derecho público*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, pp. 29-53.
- Guthmann, Yanina, “La décision judiciaire et le ‘politique’. Analyse de la Sentence du ‘Cas Simón’ (Cour Suprême de Justice, Argentine, 2005)”, *Le souci du droit. Où en est la théorie critique*, H. Bentouhami, A. Kupiec, N. Grangé, J. Saada (dir.), Paris, Editions Sens et Tonka, 2009.
- Guthmann, Yanina, “La décision judiciaire et le politique. Analyse de la résolution du ‘Cas Simón’ (Tribunal fédéral, Argentine), à la lumière de la sociologie du droit de Guy Rocher”, en *Le Savant et le politique: revisite du thème des mélanges de Guy Rocher*, sous la direction de Violaine Lemay et Karim Benyekhlef, Presse de l’Université de Montréal, publicación prevista para el invierno 2012.
- Iud, Alan, “Jóvenes apropiados y reducción de penas”, *Página 12*, secc. El País, 10 y 11, 2011, octubre 17.
- Latour, Bruno, *La fabrique du droit, une ethnographie du conseil d’Etat*, Paris: La Découverte, 2002.
- Munné, Guillermo, “Racionalidades del derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico”, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/racionalidades-del-derecho-segn-max-weber-y-el-problema-del-formalismo-juridico-o/>, 2008.
- Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación*, Madrid, Gredos, 1994.
- Provost, René, “Emergency judicial relief for human rights violations in Canada and Argentina”, *Miami Inter-American Law Review* 23, 1991-1992, 693-760.
- Rocher, Guy y Coutu, Michel, *La légitimité de l’Etat et du droit. Autour de*

- Max Weber*. Québec: Presses Université de Laval. 2005.
- Sokoloff, William, "Between Justice and Legality: Derrida on decision", *Political Research Quaterly*, 2, 341-352, 2004.
- Thomas, Yan, *La vérité, le temps, le juge et l'historien. Le Débat*. 102, 17-36. 17, 1998.
- Weber, Max, *Economía y Sociedad*, México: Fondo de Cultura Económica, 2008.

¿La prueba es suficiente cuando es suficiente?

Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal

*Paula A. Viale de Gil**

Resumen

Para decidir –en forma justificada– si está o no probada una determinada proposición sobre los hechos de un caso, es necesario, en un sistema de libre valoración probatoria, contar con un estándar. Ello, a fin de evaluar si las pruebas disponibles, valoradas racionalmente, son suficientes para considerar aquella probada. Ese umbral de suficiencia puede ser fijado por el Derecho de diversos modos, como ocurre, por ejemplo, cuando se funda la acusación mediante una convicción “más allá de toda duda razonable”.

En lo que sigue presento la forma en que la imprecisión de la formulación de un estándar genera una suerte de tautología insuperable: *es*

* Abogada penalista (UBA); Maestría en Magistratura (Dr. Dalla Vía, UBA); Diplomatura en Criminología (Dr. Zaffaroni, Universidad Maimónides); Tecnicatura en Seguridad Ciudadana (Dr. Sancinetti, ISSP); carrera docente en curso. 2007/2010 Ejercicio de la profesión (Delitos contra las personas), 2011 Ministerio de Justicia; Superintendencia de Investigaciones, 2012 Ministerio Público y Fiscal, Cuerpo de Investigaciones Judiciales (2do. Premio a la Innovación y el Esfuerzo). Publicaciones: “Posibles causas de la desposesión de los derechos humanos” (Finalista Premio “Fund. Peces-Barba”, España); “Hablemos claro sobre mediación penal”; “La verdad en el proceso penal”; “Ponderación y consecuencialismo. ¿Qué se le pide a un Juez cuando actúa?”. Miembro del Instituto de Derecho Penal y Criminología/Derecho Constitucional del CPACF y Comisión Problemática Carcelaria del Movimiento Profesionales por los Derechos Sociales. Condecorada con Título de Nobleza Meritocrática como Patricia Jr. de la Humanidad (Board Mundial de Presidentes del Parlamento Cívico de la Humanidad, 2011); paulaviale@yahoo.com.ar.

suficiente la prueba que el tribunal cree que es suficiente. Destacando que se trata de tribunales a los que se impone la exigencia de fundamentar sus decisiones –a diferencia del sistema anglosajón respecto de los jurados.

Trabajo subliminalmente el tema del *castigo*, bajo el prisma del concepto de “suficiencia”, como *decisión construida* por el decisor judicial: cuál es el *grado de convicción* requerido en para el procesamiento, debate oral y apelaciones (Principio de inmediación y valoración de la prueba).

Palabras clave: estándares probatorios, valoración, prueba suficiente, duda razonable, convicción.

Is the proof sufficient when it's sufficient? Approach to the construction of the decision of sufficiency of the evidence in criminal matters

Abstract

To decide –justifiably– whether or not a given proposition proven on the facts of a case, it is necessary in a system of free assessment of evidence, to have a standard. This, in order to assess whether the available evidence, rationally valued, is sufficient to consider that proven. This threshold of sufficiency can be fixed by law in various ways, for example, when the prosecution is founded by a conviction “beyond reasonable doubt”.

In this paper I present how the vagueness of the formulation of a standard unsurpassed generates a kind of tautology: is sufficient proof that which the court believes is sufficient. Stressing that the courts are required to base their decisions, unlike the common law system in which it is imposed in respect of juries.

Working subliminally the theme of punishment from the perspective of the concept of “sufficiency” as built by the judicial decision decider: What is the “degree of belief” required for processing, oral arguments and appeals (Principle of immediacy and evaluation of evidence).

Keywords: evidence standards, assessment, sufficient evidence, reasonable doubt, conviction.

Presentación

A) Estándares probatorios

Se tiende a pensar que en los regímenes de libre valoración, la decisión judicial sobre la prueba está sujeta sólo a exigencias de racionalidad –o, como se suele decir, de “sana crítica”–, pasando por alto, de ese modo, el papel de los estándares probatorios. Lo cierto es, en cambio, que para decidir en forma justificada si está o no está probada en un proceso una determinada proposición sobre los hechos del caso es necesario, en un sistema de libre valoración probatoria, contar con un estándar para evaluar si las pruebas disponibles, valoradas racionalmente, son suficientes para considerarla probada. Y ese umbral de suficiencia puede ser fijado por el derecho de diversos modos, como ocurre, por ejemplo cuando se funda la acusación mediante una convicción “más allá de toda duda razonable”.¹

El presente trabajo parte del entusiasmo que se observa por esta fórmula, la cual ha sido incorporada a los códigos de procedimiento de otros sistemas jurídicos,² citada por nuestra CSJN en la inauguración del año judicial 2008, al decir: “Además, el estándar probatorio requerido con el fin

1. “No observo en la sentencia recurrida aspecto alguno que evidencie la existencia de insuficiencia conviccional en el juzgador que necesariamente debiera haberlo llevado a la duda. De la sentencia surge claramente que la Excm. Cámara en su análisis de los efectos confirmatorios de los medios probatorios utilizados en consonancia a la regla de la sana crítica, pudo llegar a su convicción *más allá de toda duda razonable*. [...] Ante estas pruebas, el voto con el que disiento sigue sosteniendo que *hay una duda razonable*” (Suprema Corte de Justicia, 26/09/2007, causa P.67.027, “S., A.F. s/Violación”, voto de Domínguez, La Plata, Buenos Aires).

2. Así, por ejemplo, de acuerdo al artículo 340 del Código Procesal Penal de Chile:[□] “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”. Asimismo, de acuerdo al artículo 132 del Código del Proceso Penal de Uruguay:[□] “No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso plena prueba, de la que resulte racionalmente la certeza del delito y de la responsabilidad del imputado”. El inciso segundo de dicho artículo agrega que *en caso de duda deberá absolverse al imputado*.

de verificar la responsabilidad penal del imputado es el del convencimiento del juez más allá de toda duda razonable” (p. 242). Incluso cabe notar que la misma formulación ha sido fijada por la Corte Penal Internacional en su estatuto (artículo N°66).

Me propongo deslindar el camino de las dificultades, agudas por cierto, que la imprecisión de la formulación del estándar genera respecto de tribunales a los que se impone la exigencia de fundamentar sus decisiones □no prevista en cambio, en los sistemas anglosajones respecto de los jurados□, procurando intentos de superación de la tautología problemática en que yace inmersa la cuestión.

B) Valoración de la prueba

Para comprender el papel clave que los estándares de prueba cumplen en el juicio sobre los hechos en los sistemas procesales penales en los que rige el principio de libre valoración, resulta útil diferenciar analíticamente dos momentos que integran lo que globalmente designamos como valoración de la prueba.³

El primer momento, que podemos llamar el de la *valoración en sentido estricto*, se refiere a la determinación del apoyo empírico que los elementos de prueba aportados proporcionan a las hipótesis sobre los hechos del caso que se enfrentan en el proceso. Asumiendo una concepción racional de la libre valoración, en este momento se trata de evaluar las relaciones de *corroboración* o *confirmación* que es posible establecer entre los elementos de juicio que aportan las evidencias disponibles y las proposiciones sobre los hechos del caso que son objeto del proceso, sobre la base de los conocimientos científicos de que disponemos y de las generalizaciones empíricas comúnmente aceptadas (máximas de la experiencia).⁴

3. La distinción entre diversos momentos de la actividad probatoria es una herramienta de análisis propuesta en Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 41.

4. “El fallo en crisis, en tanto descarta premisas decisivas sustentadas en hechos comprobados de la causa y extrae de los dictámenes periciales conclusiones que no surgen de aquellos, con el contenido categórico y la certidumbre que se predica, aparece irrazonable y contrario a las reglas de la experiencia” (Suprema Corte de Justicia, 26/09/2007, causa P.67.027, “S., A.F. s/Violación”, voto de Domínguez, Hitters y Soria, La Plata, Buenos

Es importante notar que esas relaciones de corroboración se expresan como *inducciones probabilísticas* que no pueden demostrar la verdad de una hipótesis, sino que sólo la confirman como una explicación posible de la existencia de las evidencias valoradas, lo que por sí solo no excluye que otras hipótesis puedan resultar igualmente explicativas.⁵ Esto es lo que se pone de relieve cuando se dice que el juicio sobre los hechos en un proceso tiene lugar en *condiciones de incertidumbre*; una incertidumbre que, aunque es propia del razonamiento inductivo en general –y vale también, por lo tanto, para la prueba de hipótesis científicas o históricas–,⁶ se ve reforzada en el ámbito de la prueba judicial por la posibilidad de que evidencias relevantes no lleguen a ser conocidas por el juzgador, debido tanto a las limitaciones temporales características del proceso, como a la aplicación de las reglas sobre exclusión de pruebas y a la intervención de las partes en la proposición y producción de las mismas.

El resultado del momento identificado como valoración en sentido estricto consiste, entonces, en la individualización de las pruebas que corroboran las proposiciones sobre los hechos del caso sostenidas por las partes y la identificación de los factores que inciden en su mayor o menor fuerza probatoria (las cuestiones relativas a la credibilidad o autenticidad del elemento de prueba, su carácter de prueba directa o indirecta, la validez o fundamento empírico de las generalizaciones en que se basan las inferencias probatorias), así como en la determinación de las pruebas desestimadas por su irrelevancia respecto de las proposiciones que se trata de probar o por los defectos que les restan fuerza probatoria.

Aires; cfr. causa P.73.154, 24-IX-2003).

5. Sobre la estructura de estas relaciones de corroboración cfr. Cohen, Jonathan, *The Probable and the Provable*, Oxford, Oxford U. Press, 1977, p. 245; Gascón, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 173; Anderson, Schum, Twining, *Analysis of Evidence*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 78; González Lagier, “Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal”, II, en *Jueces para la democracia*, 2003, p. 38; Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 120.

6. Cfr. Popper, Karl, *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, 1963, trad. de Míguez, Buenos Aires, Paidós, 1994; Hempel, Carl, *Filosofía de la ciencia natural*, trad. de Deaño, Madrid, Alianza, 1973, p. 36.

Dado que, por la forma inductiva del razonamiento probatorio, esas pruebas no pueden demostrar la verdad de las proposiciones fácticas que han sido objeto del proceso, sino que sólo las corroboran en menor o mayor medida, el juicio sobre los hechos supone un segundo momento, que podemos llamar de *decisión sobre la prueba*, en el que se trata de determinar si esas pruebas o, dicho de otra manera, el grado de corroboración que ellas aportan a las proposiciones fácticas en cuestión, es *suficiente* para tenerlas por probadas.

Precisar cuál es el nivel de suficiencia requerido en un determinado procedimiento es, precisamente, la tarea propia de los estándares de prueba. De este modo, ellos determinan cuándo resulta justificado aceptar (o rechazar) una proposición fáctica en un proceso judicial, a pesar de las condiciones de incertidumbre de todo juicio.

C) Prueba contundente, y no puramente preponderante (preponderance evidence)

Los estándares de prueba pueden ser más o menos exigentes, según si fijan un umbral mínimo de suficiencia o bien uno más elevado. El nivel mínimo de suficiencia es el que requiere que se tenga por probada la proposición fáctica que resulte más corroborada por las pruebas disponibles, esto es, que resulte más corroborada que las proposiciones incompatibles con ella que se hayan planteado en el proceso o, en todo caso, más corroborada que su negación. Este umbral puede considerarse “mínimo”⁷ porque un estándar menos exigente implicaría que se debiera tener por probada una hipótesis menos corroborada o, dicho de otro modo, menos probablemente verdadera, que otras hipótesis sostenidas en el proceso, lo que constituiría una directiva incompatible con la exigencia de valoración racional de la prueba. Al decir de Taruffo, “sería irracional dejar que el juzgador eligiera la versión de los hechos que esté menos apoyada por los medios de prueba” (Taruffo, M., 138: 2008).

7. Este estándar de prueba mínimo suele conocerse como *estándar de preponderancia de la prueba* y corresponde al que en derecho comparado –particularmente en los sistemas de tradición anglosajona– se considera aplicable en los procesos civiles.

Pero el derecho penal fija un estándar de prueba más exigente, requiriendo un grado de corroboración mayor a la *preponderancia* relativa para que una hipótesis pueda tenerse por probada. Lo que se produce de ese modo es una *distribución diferenciada del riesgo de error* entre las partes de un proceso, pues al elevar el umbral de suficiencia de la prueba se reduce, por una parte, el riesgo de que se cometa un error al declarar probada una proposición fáctica (es decir, el riesgo de que se declare probada una proposición falsa o riesgo de un falso positivo), pero aumenta correlativamente, por otro lado, el riesgo de que se yerre al declarar no probada una proposición fáctica (es decir, el riesgo de que se declare no probada una proposición verdadera o falso negativo). Este efecto, se aprecia con mayor claridad, si se hace un contraste con lo que ocurre cuando se aplica el estándar mínimo de prueba. Bajo ese estándar, el riesgo de error se distribuye igualitariamente, de modo que el riesgo de error al tener por probada en un caso una proposición, es simétrico al riesgo de error al no declararla probada, pues los dos tipos de error se producen cuando las evidencias disponibles confirman en mayor grado una hipótesis que resulta falsa (el falso positivo cuando la hipótesis que se trata de probar resulta mayormente corroborada que las demás hipótesis incompatibles propuestas o que su negación y, sin embargo, es falsa; el falso negativo cuando resulta mayormente confirmada por las pruebas una hipótesis incompatible con la que se trata de probar o bien su negación). En el caso de un estándar más exigente, en cambio, disminuye el riesgo de error al declarar probada una proposición, pues se requerirá una prueba de mayor *contundencia* que la puramente preponderante; y a la vez, el riesgo de error al declarar no probada una proposición fáctica es más alto, pues aun si las pruebas disponibles corroboran esa proposición en mayor grado que a su negación o a las proposiciones incompatibles que hayan sido sostenidas en el proceso, el estándar requiere que si no se satisface el umbral más alto que él fija, la proposición en cuestión se tenga por no probada.

En definitiva, los fines que subyacen a los dos estándares de prueba son diferentes. En el caso de un estándar de prueba mínimo el fin que se persigue es evitar en general el error al determinar los hechos en un proceso. Se trata, en este sentido, del estándar más funcional si se toma en cuenta únicamente el fin de averiguación de la verdad. Por eso, puede considerarse que a falta de una regla legal que fije en forma expresa un estándar de prueba para un determinado proceso, este sería el estándar supletorio, determinado por la exigencia de racionalidad en la valoración de la prueba,

que requiere, precisamente, la utilización al ponderar la prueba de los medios más idóneos para el fin de averiguar la verdad (Taruffo, M., 305-331: 2009). Cuando se adopta, en cambio, un estándar probatorio más exigente, lo que está en juego es evitar especialmente un tipo de error, el falso positivo (declarar probada una proposición falsa), aun a costa de elevar el riesgo de falsos negativos (declarar no probada una proposición verdadera). Se trata, como se puede observar, de un fin diferente al de la pura averiguación de la verdad y que está parcialmente en tensión con este.⁸ La asunción de ese fin, y su realización a través de un estándar de prueba de mayor exigencia que el de preponderancia de la prueba, supone que el error al declarar probada una proposición falsa en una determinada clase de proceso sea valorado como mayormente grave por sus costos por la comunidad política.

Esto último es lo que debiera ocurrir, de acuerdo con la concepción moral de larga tradición en Occidente,⁹ respecto de las proposiciones que integran la acusación en el caso del proceso penal, pues los costos de la condena penal errónea de un inocente, por la afectación que puede implicar de bienes fundamentales del sujeto, como la libertad y la honra, justificarían que ese error se considere de mayor gravedad que el error al absolver a un culpable.

Esta valoración diferenciada de la gravedad de los errores en que es posible incurrir al determinar los hechos en un proceso penal justificaría, según esta concepción moral, que se intente evitar especialmente el riesgo de error al condenar, fijando un estándar de prueba especialmente exigente – más exigente que el de mera preponderancia de la prueba– para que puedan tenerse por probadas las proposiciones fácticas sostenidas por la acusación.

8. Laudan, Larry, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2005, pp. 96-97. Laudan lo caracteriza como un valor *cuasi epistémico*, distinguiéndolo tanto de los valores *epistémicos* –la averiguación de la verdad y la minimización del error–, como de los valores *extra-epistémicos* que son relevantes en la justificación de reglas procesales.

9. Esto es lo que expresarían fórmulas clásicas como las que afirman que es mejor que mil culpables sean absueltos a que un solo inocente sea condenado injustamente. Son palabras de Blackstone y Benjamin Franklin en el siglo XVIII y Maimónides en el siglo XII. Una revisión de los antecedentes históricos de esta concepción puede verse en Stella Federico, *Giustizia e modernità. La protezione dell'inocente e la tutela delle*.

En suma, tenemos por cierto que el estándar de prueba: más allá de toda duda razonable, es sustentado en esta concepción ético-política y su propósito es evitar especialmente el error al condenar, fijando un elevado umbral de suficiencia para la prueba de la acusación.

D) De la tradición

Tras una larga historia de vigencia de normas de prueba tasada, la noción de “estándar de prueba” resulta poco familiar en nuestra cultura legal. En los sistemas de *common law* se trata, en cambio, de un concepto extensamente utilizado.¹⁰ Hace más de 200 años, en dichos sistemas jurídicos, se utiliza la fórmula que requiere en los procesos penales que la acusación sea probada “más allá de toda duda razonable”.

Esa larga tradición, ha visto renovada y reforzada su significación en la configuración del proceso penal a partir de 1970, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo, en el caso “In re Winship” –y luego en una extensa línea de casos posteriores–, que la aplicación en todo proceso penal del estándar de prueba: más allá de toda duda razonable, resulta exigida por la cláusula constitucional del *debido proceso*.¹¹ Dicha jurisprudencia, expresa con gran claridad el sentido que se reconoce a aquella fórmula como garantía en favor del acusado, que proporciona sustancia concreta a la *presunción de inocencia*, reflejando una convicción fundamental según la cual, es mucho peor que se condene a un inocente a que un culpable quede libre. Con la misma claridad, esas sentencias dan cuenta del arraigo de esa convicción en el valor fundamental que se reconoce a los intereses del acusado que se ponen en juego en un proceso penal y que determinan que a su respecto el riesgo de error deba ser reducido al mínimo por la extrema gravedad de sus consecuencias: libertad, dignidad; frente a la estigmatización.¹²

10. Cfr. Popper, Karl, *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones* (1963), traducción de Néstor Míguez, Buenos Aires, Paidós, 1994; Hempel, Carl, *Filosofía de la ciencia natural*, traducción de Alfredo Deaño, Madrid, Alianza, 1973, p. 36.

11. “In re Winship” 397 U.S. 358 (1970). Otras sentencias relevantes son “Sullivan v. Louisiana”, 508 U.S. 275, 278 (1993) y “Apprendi v. New Jersey”, 530 U.S. 466, 477 (2000). Una buena síntesis de esa evolución puede verse en Stella, Federico, cit. N°9, pp. 154-195.

12. Cfr. Broun, Kenneth S. y otros, *McCormick on Evidence*, 6ª edición, St. Paul, Thomson/West, 2006, p. 571; Stella, Federico, cit. N°9, p. 161.

Paradójicamente, sin embargo, al mismo tiempo que se reconoce al estándar de prueba: más allá de toda duda razonable, ese papel *decisivo* para la distribución equitativa del riesgo de error en un proceso penal, en los mismos tribunales norteamericanos se ha debatido intensamente sobre la mejor forma de explicar lo que esa fórmula requiere. Dado que el veredicto de los jurados que resuelven sobre la prueba de los hechos del caso en un proceso penal no debe ser fundamentado, la discusión se ha referido sobre todo al contenido de las instrucciones que el *trial judge* debe dar a los jurados acerca de la aplicación del estándar.

Una de las explicaciones más utilizadas tradicionalmente asimilaba el estándar: más allá de toda duda razonable, a una exigencia de *certeza moral*. Esta equiparación, utilizada intensamente durante el siglo XIX, es interesante porque conecta al estándar de prueba penal con una tradición epistémica, la de la filosofía empirista inglesa del signo XVII –y especialmente la versión desarrollada por Locke en *An Essay Concerning Human Understanding*–, que podría efectivamente ofrecer un marco para una elaboración del significado de la fórmula de la duda razonable, en la medida que utilizaba la expresión “certeza moral” para designar el grado más alto de justificación al que podían aspirar las creencias sobre asuntos empíricos, dado que, si bien no cabía respecto de ellos la certeza matemática, asociada a la demostración rigurosa, sí era posible justificar, sobre la base de pruebas contundentes, creencias capaces de imponerse con una fuerza cercana a la certeza.

Con todo, este sentido de la noción de certeza moral fue diluyéndose progresivamente en su traducción al ámbito del proceso penal, donde terminó por ser rechazada en función del riesgo de que haga creer por error a los jurados que su decisión puede basarse en sus juicios morales sobre la conducta del acusado (“*Víctor v. Nebraska*”, 1994).

Igualmente resistidos han resultado otros intentos de definición, como el que equipara la prueba más allá de toda duda razonable a aquella que resulte tan convincente como para que una persona no vacile en confiar en ella, o el que caracteriza a la duda razonable como aquella respecto de la cual pueden darse razones.¹³

13. En el primer caso la crítica apunta a la equiparación del grado de certeza necesario para condenar con el que requerimos para tomar decisiones respecto de asuntos propios,

Tan intensas han sido las discusiones en torno a la explicación del estándar en las instrucciones a los jurados que se ha asentado incluso la conclusión –sostenida por diversas cortes estatales– de que no se debe ofrecer a los jurados ninguna definición del estándar, siendo preferible dejar que la fórmula “hable por sí sola”¹⁴ (“U.S. v. Glass”, 1988). Algo semejante ha ocurrido también en el Reino Unido, donde tras las mismas discusiones sobre cómo explicar a los jurados el contenido del estándar, terminó por imponerse también la directriz de evitar cualquier definición. En los últimos años, sin embargo, la fórmula de la prueba más allá de toda duda razonable ha sido sustituida por una diferente, que les requiere “estar seguros” de la culpabilidad.

Este último paso en la discusión sobre el estándar: más allá de toda duda razonable parece llevarnos de vuelta al punto de partida, en el sentido que lo que la fórmula puede decir “por sí sola”, de manera autoevidente, consiste en la afirmación de su sentido como garantía para el acusado. Lo dice bien Taruffo cuando afirma que “el significado central que se expresa a través de ese estándar es evidente: este requiere un grado particularmente alto de confirmación probatoria de la culpabilidad del imputado, que se aproxima a la certeza, dado que sólo admite la presencia de dudas ‘irrazonables’, con la evidente intención de reducir al mínimo el riesgo de condena de un inocente” (Taruffo, M., 249: 2010).

El estándar de convicción: más allá de toda duda razonable, es entonces propio del derecho anglosajón. En definitiva, poca luz nos ofrece la experiencia de los sistemas de *common law* para evaluar si las pruebas aportadas permiten considerar satisfecho aquel grado particularmente alto de confirmación, esbozado en el acápite anterior.

pues aun respecto de cuestiones importantes las personas pueden estar dispuestas a actuar en base a creencias precarias asumiendo riesgos de error que no parece equitativo en cambio asignar al acusado en un juicio penal (“Commonwealth v. Ferreira”, 1977). En el segundo caso, la explicación ha sido rechazada básicamente porque los jurados no están sujetos a la exigencia de justificar sus veredictos (“U.S. v. Davis”, 1964) Cfr., sobre ambas, Laudan, Larry, *Truth, Error*, cit. N°8, p. 36.

14. Cit. por Laudan, Larry, *Truth, Error*, cit. N°8, p. 48.

Problemática

En un sistema de libre valoración, la cuestión del estándar de prueba –o del grado de convicción necesario para condenar– suscita varias discusiones. La expresión “suficiente”, aclara que el convencimiento al cual se debe llegar no es el convencimiento absoluto, sin embargo, *¿elimina –dejando en evidencia que no se trata de una convicción absoluta, sino de aquella que excluya las dudas más importantes– las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere?*

Como se ha dicho, en el razonamiento probatorio judicial –y en general cuando se trata de cuestiones empíricas– no es posible alcanzar racionalmente conclusiones verdaderas. El objeto, entonces, es explicitar que una hipótesis que deba tenerse por probada puede, sin embargo, merecer algún grado de duda. El problema es que la imprecisión del estándar no permite establecer con claridad *cuál es ese grado de duda tolerable*. El término “suficiente” revela el desconocimiento de que la función del estándar de prueba es precisamente la de determinar cuándo los elementos de prueba son suficientes, o dicho de otro modo, cuál es el grado de convicción suficiente.

Léase un ejemplo jurisprudencial: “La motivación de la sentencia surge como un ligamen psicológico de extraordinaria importancia, donde el juez debe valorar todos los elementos de prueba jurídicamente relevantes y que apuntan a las distintas soluciones posibles, inclinándose, en definitiva, por aquella que mejor se compadezca con la valoración efectuada” (CNCP, Sala III, voto del Dr. Tragant, *Edelap*, reg. 92, *Bol. Jurispr. CNCP*, 1994, p. 21). El análisis que sigue buscará poner de relieve la problemática de esta tautología: *es suficiente la prueba que el tribunal crea que es suficiente*.

A) Primer intento: identificar criterios de suficiencia

Frente a esto, deben considerarse dos peligros. Por una parte, el de una *lectura subjetivista*, que refiera a la sola existencia de un estado mental del juzgador y por la otra, el de la *imprecisión*.

El primero, nos remite a la ya citada “certeza moral”: convencimiento subjetivo del juzgador acerca de la verdad de los hechos. A este respecto, la doctrina que la sostiene argumenta que su adopción facilita la aplicación del estándar, ya que “reconduce a los jueces [...] a la utilización de parámetros a los que se encuentran habituados” (Horvitz, M. y López, Julián, 164: 2004).

Aunque es cierto que la noción de “certeza moral” puede servir, bajo esa lectura subjetivista, como válvula de moderación de la irracionalidad a la que conduce el formalismo de las reglas de prueba legal, resulta difícil comprender qué ventajas podría suponer la aplicación de esta concepción en un sistema de libre valoración –supuestamente racional y justificada– de la prueba: ¿se volvería posible condenar sin otro fundamento que la presencia de convicción en el ánimo de los juzgadores? ¿Y la evaluación de esa convicción para condenar debiera considerarse imponderable para otro que no fuera el decisor, como el tribunal de alzada?

Las prácticas judiciales confirman, en buena medida, que lo que esas preguntas sugieren es, precisamente, lo que ocurre bajo una lectura subjetivista del estándar de prueba. Se repite su invocación como una especie de *mantra*, que afirma que, sobre la base de los elementos de prueba que antes han sido identificados –o, en el mejor de los casos, analizados– el tribunal ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, que los hechos se encuentran acreditados. De este modo, la aplicación del estándar se agota en la pura afirmación de la existencia de convicción, sin que se aborde a través de una *justificación reflexiva* la cuestión de la suficiencia de las pruebas.

La tendencia jurisprudencial comparada vacila en decidir si excluye que la justificación de la suficiencia (o insuficiencia) de las pruebas pueda ser revisada. Para algunos: la convicción “es un asunto radicado en el fuero interno de los dirimientes, sin que esta Corte tenga la facultad de anular por ese motivo, el juicio que hayan resuelto, ya que dicha decisión emana del ámbito de su propia conciencia, previo a un conocimiento exhaustivo” (Corte Suprema de Chile, 2005). Otros, consideran que la revisión extraordinaria –provincial o federal–, es una forma de análisis de las pruebas. “[...] la regla de la duda no requiere silogismos, sino convicción conforme al análisis crítico y explícito de la prueba de la causa. La regla de la duda no se presta para calificaciones de arbitrariedad. Si decimos que un hecho es dudoso, estamos diciendo que afirmar su existencia no es arbitrario. Esa afirmación podrá ser errónea, pero no prescinde de los hechos comprobados en la causa, pues quien tenga dudas tras analizar la prueba no puede descartar que la decisión que no comparte sea correcta. Arbitrariedad, supone un error de otra clase, pues si no, son sólo denominaciones rituales para lo que es en esencia una revisión ordinaria” (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, causa P.67.027, “S., A.F. s/Violación”, consid. 19 y 20, La Plata, 26/09/2007).

La lectura subjetivista termina por privar al estándar de su función normativa, pues bajo esa lectura lo que el estándar dice es una tautología. No se fija criterio alguno para decidir sobre la prueba, para evaluar si una decisión sobre los hechos resulta justificada, con el resultado paradójico de que, si bien se trata de una valoración racional –o de sana crítica–, y se acepta entonces que hay criterios racionales para determinar el grado o fuerza con que los elementos de prueba corroboran las proposiciones sobre los hechos acerca de cuya prueba se discute, se deja abandonada al mismo tiempo la determinación de su suficiencia para tenerlos por probados a una suerte de *epifanía del juzgador*, liberada de toda exigencia de justificación racional y de todo control.

Terminaría así volviendo a entrar al proceso penal, por la ventana del estándar de prueba, la *concepción de la libre valoración como íntima convicción* que se había sacado por la puerta a través de las exigencias de racionalidad y del reforzamiento del deber de fundamentar la decisión sobre los hechos. Un estándar de prueba apropiado no depende de la confianza subjetiva en una hipótesis; al contrario, el estándar de prueba nos dice cuándo la confianza subjetiva está justificada.¹⁵

El desafío es identificar criterios de suficiencia que, aun manteniendo un umbral elevado de exigencia, no aspiren a la certeza demostrativa que resultaba (en apariencia) de las reglas de prueba legal, ni cuenten con la confesión como “reina de las pruebas”. Resulta claro que, la recuperación de la noción de certeza moral o subjetiva –engranaje del viejo contexto normativo– no resulta de gran utilidad para abordar esa tarea (íntima convicción es, por definición, una fórmula subjetiva).

15. Poniendo de relieve el problema con respecto a la práctica jurídica norteamericana, Laudan (104: 2005) ha propuesto la siguiente, elocuente, comparación: “Imagínese que les dijésemos a los matemáticos que, de ahora en adelante, contarán con una prueba legítima de un teorema tan pronto como estén convencidos de la verdad de dicho teorema. O, supóngase que les decimos a los epistemólogos que si están sumamente seguros de la existencia de una conexión causal entre A y B, entonces tienen una prueba de ello. Propuestas como estas serían objeto de risa. Uno no debería decirle al juzgador de los hechos: Usted ha proporcionado una prueba de A cuando esté firmemente convencido de A. [...] Al contrario, lo que le decimos es: Usted no está autorizado para estar totalmente convencido de A, a menos que tenga una prueba de A, añadiendo que, sus firmes convicciones acerca de A no cuentan en absoluto. Eso es lo que supone tener un estándar de prueba”.

Para avanzar en la determinación del contenido del estándar de prueba: más allá de toda duda razonable, el primer paso necesario consistiría así en *evitar la interpretación subjetivista* (en contra: las teorías críticas del Derecho. Véase, por ejemplo de E. Marí, A. Ruiz y C. Cárcova, *Materiales para una Teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot).

Duce y Riego, muestran bien el segundo peligro: que aunque se pretenda interpretar el estándar a través de la identificación de criterios menos subjetivos que resulten más susceptibles de control a través de la fundamentación del fallo, la *indeterminación* de la noción de duda razonable ofrece poco de qué asirse para su construcción. Tanto es así que, si bien dichos autores avanzan en identificar algunos tipos de dudas marginales que debieran considerarse no razonables y no debieran por tanto obstaculizar la justificación de la condena, tales como los cabos sueltos y las dudas puramente hipotéticas o imaginarias que carecen de base en la evidencia (Riego, C., 500: 2007), se reconoce a la vez que la tarea de proponer criterios operativos para la aplicación del estándar es “particularmente difícil” y que “no estamos en condiciones de ofrecer una teoría o solución conceptual aplicable de manera general a todos los casos” (Riego, C., 498: 2007).

La estrategia de eludir la indeterminación del estándar de prueba y buscar la distribución diferenciada del error por otros medios corresponde, en buena medida, a la forma en que han operado tradicionalmente los sistemas jurídicos anglosajones. En la discusión acerca de cómo debía instruirse a los jurados ha ganado fuerza la idea de que deben evitarse las explicaciones sofisticadas. Interesa poner de relieve que, en esos sistemas existe un conjunto de *reglas especiales*, que limitan la admisibilidad de ciertas pruebas o condicionan el valor de ciertos elementos de prueba –como la declaración del coimputado– a la existencia de otro medio de prueba que corrobore la información que de ellos resulta. Este conjunto de reglas actúa como protecciones para el acusado frente al riesgo de error; realizan una asignación diferenciada del mismo.

Se facilita la elusión de la cuestión de la indeterminación en los sistemas donde la decisión sobre la prueba no es motivada. A diferencia del nuestro, donde el juicio sobre los hechos debe ser justificado. De modo que, eludir aquella cuestión es, en cambio, *imposible*: si el tribunal debe justificar su decisión, lo que debe justificar es precisamente la conclusión de que los medios de prueba aportados son suficientes para considerar probadas ciertas proposiciones fácticas y para ello, dadas las condiciones de incertidum-

bre, requiere contar con criterios de suficiencia definidos por un estándar de prueba. *Sin precisión del estándar, no se puede fundamentar adecuadamente la decisión sobre la prueba, ni controlar la adecuada fundamentación de la decisión sobre la prueba.*

No se trata de descartar anticipadamente, a través de este argumento, que la estrategia de eludir la indeterminación del estándar de prueba e incorporar otras reglas probatorias (de admisibilidad, de corroboración y de decisión) dirigidas a evitar el riesgo de condenas erróneas, permita obtener mejores resultados, sino de poner de relieve que nuestro sistema probatorio responde a un modelo diferente, que se basa en el supuesto de que el fin de averiguación de la verdad puede lograrse de mejor manera si el juzgador puede acceder a todas las pruebas potencialmente relevantes (sin exclusiones fundadas en la sobrevaloración) y que confía sobre todo en la fundamentación de las decisiones sobre la prueba como herramienta de control de su racionalidad.

B) Segundo intento: dejar de tratar de precisar qué es lo que requiere el estándar

Las dificultades derivadas del tono subjetivista y de la falta de determinación de la fórmula parecen dejar poco espacio a la identificación criterios claros de aplicación del estándar, y propician propuestas *de lege ferenda* para el abandono de esa formulación y redefinición en términos que eviten vincular la suficiencia de las pruebas con la convicción del juzgador.¹⁶

Por citar un ejemplo, la tesis en que se apoya la propuesta de Etcheberry es que, existe, en los diversos sistemas procesales, una relación entre la regulación de la decisión sobre la prueba y la estructura del órgano que

16. Una de las voces más críticas, en este sentido, es la del destacado epistemólogo Larry Laudan (155: 2005), en cuya opinión “el intento de fundamentar un estándar de prueba en la presencia o ausencia de una duda subjetiva, nunca ofrecerá un estándar que sea coherente y uniforme entre los diferentes jueces y juicios”. En el mismo sentido, Jordi Ferrer (146: 2007) sostiene que “a falta de un criterio de razonabilidad de la duda, esta formulación del estándar de prueba penal no consigue superar los problemas señalados para la íntima convicción, que los hacen inservibles como estándares de prueba [...]. Es decir, por su vaguedad extrema, no indican un umbral o nivel de suficiencia de la prueba que sea intersubjetivamente controlable”.

juzga (Etcheberry, A., 665: 2008). En los sistemas procesales anglosajones, existe un jurado *lego* que no fundamenta sus veredictos y que resuelve por unanimidad. Sobre esta base, el autor afirma que al importar ese estándar a nuestro contexto, no se advierte su incompatibilidad con un modelo de tribunal colegiado letrado, que puede resolver por mayoría y en el que, tanto la sentencia como los votos disidentes, deben ser fundamentados. La incongruencia se produciría en el caso de una decisión condenatoria adoptada por mayoría, pues si “el voto minoritario debe ser obligatoriamente fundamentado, ello es una clara muestra de que ha existido una duda razonable, a menos que calificuemos al miembro de la minoría como un juez irracional o como un juez prevaricante” (Etcheberry, A., 677: 2008). Etcheberry asume que en un sistema que impone la exigencia de fundamentar, la noción de duda razonable puede equipararse a la de *duda razonada*, de modo que cada vez que en una sentencia condenatoria la decisión sobre la prueba se adopta por mayoría y el miembro del tribunal que no concurre a ella razona su disidencia, el estándar de prueba no debiera considerarse satisfecho. Una aplicación coherente del estándar de prueba: más allá de toda duda razonable, requeriría entonces, en el caso de un tribunal colegiado –con mayor razón si sus decisiones deben ser fundamentadas–, que la decisión se adopte por unanimidad. La importación del estándar debe entonces completarse, según Etcheberry, con la adopción de la exigencia de unanimidad para la decisión de condena que rige, por regla general, en los sistemas de jurados (Etcheberry, A., 678: 2008).

Se puede observar que, bajo este modelo no hay, como sostiene Etcheberry, contradicción entre el estándar de prueba: más allá de toda duda razonable y la regla de decisión por mayoría, pues es conceptualmente posible que la opinión disidente, sin ser ni “irracional” ni “prevaricante”, se apoye en razones erróneas¹⁷ que representan una aplicación incorrecta del estándar de prueba.

17. “La decisión del tribunal a quo que de modo escueto confirmó el resolutorio del juez de instrucción ‘por hallarse ajustado a derecho y a las constancias de la causa’ adolece de defecto de fundamentación, dado que la expresión sólo traduce una simple convicción personal, la cual no aparece apoyada en ninguna consideración directamente referida a las *razones de carácter objetivo* que pudieron informar esa convicción; de modo que no sólo no satisface el concepto de sentencia como forma sustancial del juicio, sino que cierra a las partes toda posibilidad de establecer si la decisión es, en verdad, el resultado de una correcta aplicación de la ley fundada en hechos debidamente comprobados, o no

Cabe notar, sin perjuicio de lo expuesto, que aunque la exigencia de unanimidad para la decisión de condena podría operar como garantía adicional frente al riesgo de error, su adopción no resuelve los problemas de indeterminación del estándar. Si se impusiera esa regla de decisión y toda sentencia de condena afirmara entonces razonada y unánimemente la ausencia de dudas, todavía quedaría abierta, sin embargo, la pregunta acerca de la corrección de esa decisión unánime y la bondad de las razones que ella expresa, es decir, acerca de si efectivamente en el caso la prueba es *suficiente*, más allá de toda duda razonable. En otras palabras, seguiría abierta la cuestión de si esa condena que afirma unánime y razonadamente la ausencia de dudas está *bien razonada* (y, recíprocamente si, en caso de absolución, la duda está *bien razonada*).

El segundo intento consiste, entonces, en renunciar a la dificultosa búsqueda de criterios precisos de suficiencia, para concentrar los esfuerzos en el logro del fin que a través de ese estándar se pretende realizar –una distribución diferenciada del riesgo de error– a través de otros medios. (Como la exigencia de unanimidad para la decisión condenatoria, propuesta por Etcheberry).

es más que el producto del mero arbitrio judicial” (CNCP, Sala III, voto del Dr. Tragant, *Risso de Osnajansky*, reg. 142, *Bol. Jurispr. CNCP*, 1994, N°4, p. 36). En igual sentido, se afirmó que “la necesidad de motivación de un pronunciamiento impone al juez el deber de *apreciarla razonadamente*. No puede reemplazar su análisis crítico por una remisión genérica a las pruebas de la causa, pues si esto fuera posible el pronunciamiento viviría sólo en su conciencia” (CNCP, Sala I, *Almeyra, María*, leg. 98, *Bol. Jurispr. CNCP*, 1993, N°5, p. 84). “Motivar las sentencias posibilita y asegura el control republicano sobre la conducta de los jueces, pues tal exigencia permite exhibir cómo ha sido estudiada la causa, si se han respetado los límites de la acusación, si se valoraron las pruebas sin descuidar elementos decisivos fundamentales, si se ha razonado con logicidad y teniendo en cuenta los principios de la experiencia, y también si se han aplicado las normas legales según un justo criterio de adecuación. La fundamentación permite que los interesados puedan conocer las *razones* que sostienen el decisorio y las premisas que otorgan sustento al pronunciamiento, ya sea con el fin de resolver su acatamiento o para fundar la respectiva impugnación que el ordenamiento legal concede. Asimismo, ello le brindará al tribunal superior la disposición de los elementos necesarios para efectuar su control. Con ello se contribuye a elaborar la jurisprudencia, en tanto se la conceptúa como el conjunto de criterios y enseñanzas que derivan de los fallos judiciales” (CNCP, Sala III, *Paulillo Carlos*, reg. 111, *Bol. Jurispr. CNCP*, 1994, N°2, p. 29). El resaltado es mío.

Antes de proponer un cambio sustancial de modelo, vale la pena, es-timo, tomarse en serio los fines del derecho procesal penal y agotar los es-fuerzos para identificar criterios de suficiencia de las pruebas que precisen el contenido del estándar de prueba: más allá de toda duda razonable.

C) *Tercer intento: determinación de la existencia de una “duda razonable”*

1. *Interpretación objetiva según la calidad de las pruebas*

Queda claro hasta aquí que, la aplicación del estándar no requiere una profunda introspección del juzgador, sino que supone atender a la calidad de las pruebas disponibles.

Es cierto que la expresión “convicción” parece sugerir que lo relevante es la presencia en el juzgador de una creencia libre de dudas; sin embargo, la referencia a dudas “razonables” admite un sentido normativo (o contrafáctico) conforme al cual lo relevante no sea la presencia o ausencia subjetiva de dudas, sino la presencia o ausencia en el conjunto de elementos de prueba disponibles de condiciones que justifican una duda. Lo relevante, entonces, no sería la existencia efectiva de una duda, sino la existencia en las pruebas de condiciones que justifican una duda. No es que la duda se presente de hecho en el ánimo del juzgador, sino que *haya debido suscitarse* a la luz de las evidencias disponibles.

Esta interpretación es sistemáticamente *coherente*, tanto con la exigencia legal de que la decisión sobre los hechos sea justificada por referencia a las pruebas aportadas al proceso, como con otros usos jurídicos de la expresión “razonable” para referir a algún tipo de estándar objetivable (MacCormick, N., 399-436: 2000). Por otra parte, esta reformulación es consistente con la asunción de que: *i)* el estándar debe ser especialmente exigente, para evitar en la mayor medida posible la condena de un inocente; y *ii)* el estándar: más allá de toda duda razonable expresa ese alto grado de exigencia. Esta asunción sobre el sentido moral o político de la decisión sobre la distribución del riesgo de error que subyace al estándar de prueba: más allá de toda duda razonable es compartida, según se ha visto en la sección anterior, en los sistemas procesales en que es utilizada. De hecho, en la cultura anglosajona lo único que parece no estar sujeto a discusión es precisamente esta asunción sobre la concepción moral subyacente al estándar.

Por último, la reformulación propuesta es consistente en el sentido de que el estándar no puede requerir “certeza absoluta”, sino sólo la exclusión de dudas “importantes”.¹⁸

Para que el estándar de prueba: más allá de toda duda razonable pueda cumplir su papel clave en la justificación de la decisión sobre los hechos, no basta que se interprete en términos objetivos (esto es, que se entienda referido a la calidad de las pruebas y no a las creencias subjetivas del juzgador), sino que se requiere además que su interpretación determine con precisión las condiciones que debe satisfacer la prueba de cargo para ser suficiente y justificar la condena. La utilidad de la interpretación propuesta para hacer operativo el estándar depende, de que sea posible identificar con precisión qué condiciones presentes en el conjunto de evidencias disponibles justifiquen una duda o, dicho a contrario, qué condiciones deben ser superadas por las pruebas disponibles para que pueda ser justificado tener por probada una versión de los hechos.

2. Distinguir entre duda relevante e irrelevante

En primer lugar, es importante distinguir las dudas que no se justifican en la calidad de las pruebas disponibles, de las que se derivan del carácter probabilístico o normalmente fragmentario de las pruebas. El primer aspecto hace imposible descartar por completo que las cosas no hayan podido ocurrir de otro modo, mientras el segundo hace que generalmente no sea posible reconstruir todos los detalles del modo en que se asume que ocurrieron los hechos. Esta clase de dudas –la posibilidad puramente hipotética y no sustentada en pruebas de una versión alternativa de los hechos□ son cabos sueltos que no se refieren al núcleo de los del estándar de prueba.

18. “[...] El voto por la afirmativa dice que la sentencia ‘extrae de los dictámenes periciales conclusiones que no surgen de aquéllos con certidumbre’. No es posible construir un estado de duda señalando que los peritos no se han pronunciado categóricamente. Sería irrazonable requerir que un examen –ejemplo, psicológico– determine categóricamente la culpabilidad. Lo que los exámenes de expertos pueden decir es si el imputado estaba en condiciones mentales de saber el dato que menciona la figura penal. Decir en cambio, que ellos no se pronuncian categóricamente sobre la culpa, es incurrir en un error, es malinterpretar el sentido de la regla *in dubio pro reo*”. (Suprema Corte de Justicia, 26/09/2007, causa P. 67.027, “S., A.F. s/Violación”, La Plata, Buenos Aires).

Para diferenciar estas dudas irrelevantes de las relevantes, es útil caracterizar a estas últimas como dudas *justificadas en defectos de las pruebas disponibles*, en relación con las proposiciones fácticas que se tratan de probar. De este modo resulta claro que, el carácter inductivo o probabilístico de la relación entre un elemento probatorio y una proposición fáctica, no es un defecto de esa prueba, sino un rasgo distintivo del razonamiento probatorio.¹⁹

Por otra parte, en el caso de los cabos sueltos o lagunas, la falta de prueba o la existencia de contradicciones, no constituye un defecto de la evidencia en relación con las proposiciones fácticas a probar, en la medida en que los detalles a los que se refieren no integren el núcleo de proposiciones principales, es decir, de proposiciones son relevantes para justificar la aplicación al caso de las normas jurídicas invocadas. La distinción entre dudas irrelevantes y justificadas en las pruebas disponibles no aclara, sin embargo, cómo se identifican estas últimas, esto es, cuáles son los “defectos” de los que puede adolecer la prueba respecto de alguna proposición fáctica y que justificarían el no tenerla por probada.

3. Distinguir entre prueba convergente y prueba divergente

Para evaluar la suficiencia de la prueba, y determinar si es defectuosa, es necesario realizar un análisis diferenciado de las pruebas disponibles respecto de cada una de las circunstancias de hecho que ha sido objeto de prueba en el proceso y que es relevante para la aplicación de la teoría jurídica que se aluda. La suficiencia no puede ser evaluada de modo global respecto de la teoría del caso propuesta, pues podría bastar que alguna de las circunstancias de hecho no se encontrara suficientemente probada –por ejemplo, las proposiciones fácticas que den cuenta de la participación del acusado– para que resultara justificada la absolución. Es obvio que, la integración del conjunto de proposiciones fácticas en un *relato global coherente* es necesaria, para que sea posible comprenderlas e interpretarlas, pero cada

19. Roberts, Paul y Zuckerman, Adrian (260: 2010), afirman que la posibilidad meramente teórica de que una hipótesis sustentada en pruebas sea falsa no puede ser relevante en el razonamiento judicial, pues ella sólo replantea la trillada verdad de que ninguna inferencia acerca del mundo físico permite justificar conclusiones absolutamente ciertas.

una de ellas debe estar sustentada por suficientes pruebas para poder ser tenida como probada.

También es obvio, por supuesto, que un mismo elemento de prueba puede ser relevante respecto de más de una proposición fáctica principal: de lo que se trata es precisamente de identificar en forma analítica cada una de esas líneas de corroboración, para evaluar separadamente los diversos factores que pueden influir en su fuerza.

A fin de determinar la existencia de una duda razonable, una vez identificadas las pruebas disponibles respecto de cada proposición fáctica principal –agotado, esto es, el momento de la valoración en sentido estricto– podemos encontrarnos en dos situaciones distinguibles, siguiendo a Taruffo, como “prueba convergente” y “prueba divergente” (Taruffo, M., 282: 1992).

En el primer caso, nos encontramos con una o más pruebas que corroboran una misma proposición fáctica; por ejemplo, respecto de la proposición que afirma que fue el acusado quien cometió una salidera bancaria, se cuenta con la declaración de un testigo que lo reconoce y con una filmación de la cámara de seguridad, del día del asalto, en la que aparece el acusado empuñando un arma. La convergencia de las pruebas no excluye que puedan presentarse dificultades al evaluar su suficiencia, pues la defensa puede haber discutido la credibilidad o autenticidad de esas pruebas (e incluso haber presentado pruebas auxiliares relativas a esa falta de credibilidad o autenticidad).

En el segundo caso, nos encontramos frente a pruebas que están en conflicto entre sí, unas confirman la proposición sostenida por la acusación y otras la niegan, o, dicho más precisamente, confirman la negación de la proposición fáctica que se trata de probar o bien confirman una proposición distinta aunque incompatible con aquella; por ejemplo, siguiendo con la proposición relativa a la participación del acusado como autor de una salidera, se cuenta por una parte con la declaración de un testigo que lo reconoce y con la filmación de mención, pero al mismo tiempo la defensa presenta el testimonio del dueño de un hotel, sito a más de cien kilómetros del lugar del hecho, que declara que el acusado se encontraba trabajando el día del asalto, así como una filmación de la cámara de seguridad del hotel que lo muestra trabajando allí. Una segunda situación de divergencia se puede presentar cuando las pruebas corroboran o son consistentes con dos proposiciones fácticas incompatibles. Es lo que ocurriría en el caso del asalto si se contara con la declaración del testigo que reconoce al acusado y

con la filmación, y esas pruebas pudieran corroborar no sólo la proposición sobre la autoría del acusado, sino también la hipótesis incompatible según la cual él intentó repeler el asalto con un arma que portaba legítimamente.

4. Distinguir la eliminación de la refutación de una hipótesis

A partir de todo lo expuesto, se deduce que *los defectos de las pruebas disponibles respecto de una cierta proposición sobre los hechos del caso que justifican una duda e impiden tenerla por probada bajo el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, consisten en que ellas no logren eliminar o refutar alguna proposición fáctica alternativa plausible y compatible con la inocencia del acusado.*²⁰

En dicha formulación se precisa que el descarte por la acusación de las hipótesis alternativas con respecto a alguna circunstancia de hecho puede realizarse, según el tipo de situación probatoria de que se trate, de dos formas diferentes, que corresponden a dos tipos de razonamiento probatorio: la eliminación y la refutación.

La eliminación de la hipótesis (Ferrer, J., 138: 2007) opera a través de la incorporación de una nueva prueba que no resulta explicable por la hipótesis alternativa, en situaciones de pruebas divergentes que no están en conflicto entre sí. Así, en el caso de la salidera bancaria, la hipótesis alternativa, que afirma que el acusado intentó repeler un asalto con el arma que portaba, resultaría eliminada si en la filmación se observara al acusado apuntando el arma al damnificado y recibiendo dinero. La refutación opera, en cambio, a través de la incorporación de una prueba que muestra que no ocurrió un

20. Una interpretación semejante del estándar de prueba más allá de toda duda razonable ha sido sostenida por Michele Taruffo, en Italia: “Existe una duda razonable cuando, frente a la descripción del hecho en que se funda la culpabilidad, es posible sin embargo afirmar una hipótesis alternativa razonable con respecto al mismo hecho”; y sostenida por Paul Roberts y Adrian Zuckerman en el Reino Unido: “El estándar de prueba más allá de toda duda razonable debiera aplicarse “a través de la progresiva eliminación de las explicaciones consistentes con la inocencia del acusado, hasta que su culpabilidad sea la única explicación posible de las pruebas”. Otros autores también han hecho referencia a un criterio similar para la formulación de un estándar de prueba garantista en el proceso penal, aunque sin proponerlo como interpretación del estándar más allá de toda duda razonable: cfr., por ejemplo: Allen, Ronald, 604: 1994; Stein, Alex, 178: 2005; Ferrer, Jordi, 147: 2007.

evento que debió tener lugar si es que la hipótesis alternativa fuera verdadera.²¹ Y resulta aplicable tanto en caso de pruebas divergentes como en caso de pruebas en conflicto. Así, por ejemplo, de nuevo en el caso de salidera, en la versión que supone que se ha presentado también en juicio la declaración del dueño del hotel donde el acusado habría trabajado el día del hecho y una filmación del mismo en la que aparece trabajando, esta hipótesis alternativa resultaría refutada a través de una videograbación de un peaje cercano que muestre que el acusado había atravesado dicho peaje en dirección hacia el hotel en la fecha en cuestión y había vuelto, previo a la hora del hecho.

También en el caso de prueba convergente respecto de una determinada proposición sobre los hechos del caso, la satisfacción del estándar de prueba: más allá de toda duda razonable, requiere que la acusación descarte la concurrencia de los motivos en los que la defensa haya fundado su falta de credibilidad o de autenticidad.

Por último, en todos estos casos, las hipótesis alternativas que es necesario refutar o eliminar son las hipótesis plausibles a la luz de los actuales conocimientos generales y de los datos disponibles sobre el caso, que no se presenten como hipótesis *ad hoc*, esto es, como hipótesis diseñadas especialmente para dar cuenta de las pruebas disponibles y para no estar expuestas a eliminación o refutación, como ocurre, por ejemplo, con la hipótesis de un complot (Ferrer, J., 148-150: 2007).

La idea ha sido precisar –a través de situaciones probatorias– cómo impone el estándar de prueba: más allá de toda duda razonable la carga a la parte acusadora de aportar prueba capaz de eliminar o refutar cualquier hipótesis alternativa sobre las circunstancias de hecho del caso que resulte compatible con la inocencia del acusado.

21. Sobre el esquema argumentativo de la refutación, que puede demostrar por *modus tollens* la falsedad de la hipótesis alternativa, siempre que sean verdaderas las generalizaciones empíricas en que se funda la predicción de que el hecho en cuestión debió ocurrir, así como el cumplimiento de las condiciones iniciales supuestas, cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. de Perfecto Andrés y otros, Madrid, Trotta, 1995), p. 142.

A modo de conclusión

El sistema procesal penal confía gran parte de su capacidad de averiguación a los principios repasados: sana crítica racional, intermediación, etc.; y mantiene al imputado en una posición especialmente debilitada –a pesar de profesar su compromiso por la igualdad de armas–, tanto por la vía de mecanismos formalmente regulados como por otros que más bien han sido tolerados al silencio de la ley.

El eje que ha trasuntado el presente trabajo, y que desvela a todo penalista, no es más que el tema del *castigo*. Y lo he tratado de analizar, bajo el prisma del concepto de “suficiencia”, como *decisión construida* por el decisor judicial. Desde una óptica procesal, me he basado en tres momentos críticos del proceso penal:

- El procesamiento:²² en la práctica, el castigo se aplica anticipadamente mediante medidas provisionales como la prisión preventiva, que requiere un estándar bastante bajo de convicción. Cuyo ineludible presupuesto, el procesamiento, viene teñido de la problemática que aquí sólo alcancé a referir: *los criterios de suficiencia*.
- El juicio oral: En una oportunidad posterior, el juicio oral, se requiere de una alta exigencia probatoria para decidir la condena, aplicación definitiva del castigo. Es en este escenario, donde se observa que el sistema procesal penal juega su juego con pruebas que no son capaces de producir absoluta certeza, o dicho de otro modo, de predicar la verdad de los hechos. Normalmente, se trata de pruebas indirectas o directas pero cuestionables en su credibilidad. Ante la ausencia de una confesión que nos relate los detalles de modo coherente, de múltiples testigos altamente creíbles o de registros modernos altamente confiables, el sistema opera en un terreno en que la información es siempre debatible (nótese aquí la relevancia de la prueba indiciaria). En definitiva la lógica del “debate” es que, fundamentalmente, es una instancia para discutir la prueba cuando

22. Capítulo V. Procesamiento. Art. 306: “En el término de diez (10) días, a contar de la indagatoria, el juez ordenará el procesamiento del imputado siempre que hubiere *elementos de convicción suficientes* para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquel es culpable como partícipe de este”.

esta es defectuosa, puesto que de lo contrario las partes probablemente eviten el juicio y prefieran un proceso abreviado u otra forma de solución convencional.

Destaco aquí la importancia de plantear una versión alternativa por parte de la defensa, además de mostrar cómo un conjunto de informaciones parciales dan cuenta de una investigación negligente, torpe o sesgada y entonces no sea posible alcanzar una decisión sobre esa base precaria. No basta que se enumeren distintos elementos problemáticos de la versión acusatoria. Es necesario encarar una *teoría del caso* en términos activos, y no permanecer meramente en un rol pasivo, especulativo de la labor de la parte acusadora.

- Apelación: es indiscutible que la valoración de la prueba es una actividad judicial que ha de ser susceptible de ser sometida a examen por vía de recurso (de casación), garantía esta que permite constatar que se han cumplido las exigencias de convicción que vienen a dar cumplimiento al derecho a la presunción de inocencia; derecho este que, a su vez, da cumplimiento el estándar de prueba *más allá de toda duda razonable*.

Sin embargo, en ocasiones resulta difícil que el tribunal de apelación entre a revisar la valoración de la prueba practicada en primera instancia, amparándose en una interpretación particular del *principio de inmediación*,²³ dejando la valoración de la prueba extramuros de la presunción de inocencia. Se esgrime que el órgano de alzada no está en condiciones de valorar una prueba que no ha presenciado directamente y, por tanto, no puede sustituir una sentencia por otra cuando así se desprenda de una nueva valoración de pruebas. Esto produce una importante merma de garantías: porque la sentencia de primera instancia deviene inatacable, incluso

23. “Como es sabido, la CSJN ha interpretado que el derecho internacional al recurso no puede tener límites legales en cuanto a la materia a revisar. Sí puede haber límites de hecho, por ser imposible –o mejor dicho, por ser poco prudente– la revisión de la evaluación de aquellas pruebas que conllevan inmediación” (CSJN Fallos 328: 3399) Sobre la lectura que debe hacerse de este principio es de especial interés el trabajo de Ibáñez, P., “Sobre el valor de la inmediación”, en *Jueces para la Democracia*, N°46, 2003; y también Igartua Salaverría, J., “En nombre de la inmediación en vano”, en *La Ley*, N°5768, 2003.

en aquellos casos en los que la valoración de la prueba resulte abiertamente irracional, de modo que el relato fáctico se convierte en incuestionable, violando el derecho constitucional internacional al recurso.²⁴

La falta de intermediación no es un problema insoslayable ni de tal entidad que deba impedir el control de la valoración de la prueba (sea esta de cargo o de descargo), pues puede solventarse, por ejemplo, con la grabación de las sesiones del juicio oral, de modo que pueda visionarlas posteriormente para resolver el recurso. Más allá de esto, la intermediación no puede llevarse al extremo de impedir la revisión de resoluciones judiciales, esgrimiendo que ello no constituye arbitrariedad y, sin embargo sostener que, actuaciones llevadas a cabo en instrucción, con una sustancial atenuación de garantías –que descansa, precisamente, en la necesidad de buscar la verdad material– sin que, en muchos casos, las causas de la anticipación responda a

24. “Los arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establecen el derecho al recurso. [...] el examen de la prueba a efectuar en esta oportunidad, no puede limitarse a un control sobre si ha mediado absurdo o composición ilegal de la misma, puesto que la primera sentencia condenatoria fue la de la alzada, de modo que esta Corte es el órgano que debe asegurar la revisión del fallo en una doble instancia. Se trata de resguardar una garantía procesal instaurada por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, sobre cuyo alcance se expidieron en diversas oportunidades tanto la Corte Interamericana (casos ‘C.P.’, 30/05/1999 y ‘Herrera Ulloa’, 2/07/2004) como la CSJN”; “[...] Si bien, por vía de principio, las decisiones de los tribunales de mérito en cuestiones atinentes a la fijación de los hechos y ponderación de las constancias probatorias, no resultan revisables en esta sede extraordinaria, salvo la concurrencia de los supuestos excepcionales que habilitan la casación; de los antecedentes expuestos se evidencia que esta Corte debe asegurar en el caso la revisión del fallo con el alcance establecido en los pactos internacionales y la doctrina de la CSJN (Fallos 329: 530) in re, C. 1757. XL, C., M. E. y otro s/robo simple en grado de tentativa, causa N°1681, 20-IX-2005, la que corresponde aplicar *mutatis mutandi* al presente. [...] en modo alguno hay absurdo en el razonamiento y la valoración de la prueba en los que se sustenta la sentencia en recurso. No encuentro que la evaluación realizada en el fallo atacado sea equivocada. Ciertamente, la defensa ha basado su recurso en la alegación del referido absurdo en la valoración de la prueba, lo que haría aplicable la regla (de origen pretoriano) que admite la revisión de la prueba en esta instancia. La defensa no ha podido tener en cuenta una segunda ampliación a la competencia que la constitución fijaba a esta Corte, ahora en razón de la nueva interpretación que la CSJN ha dado a la regla del inc. 2 del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que otorga a toda persona inculpada de delito el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior” (Suprema Corte de Justicia, 26/09/2007, causa P.67.027, “S., A.F. s/Violación”, voto de Domínguez, Hitters y Soria, La Plata, Buenos Aires).

estrictas razones de irrepitibilidad en el juicio oral, pueden aun así tener valor probatorio y fundar una sentencia condenatoria (Ibáñez, P., 58: 2003).

En definitiva, la imposibilidad de revisar la sentencia, motivada en una sobredimensión del principio de inmediación, otorga al órgano de primera instancia un poder prácticamente omnímodo en materia de valoración fáctica que resulta inadmisibile. La valoración no es una “zona opaca al control racional” (Gascón Abellán, M., 626: 2000). Hay que tener presente que, la inmediación no es un método para el conocimiento, sino que tiene valor instrumental y, desde este punto de vista, un mal uso de la misma –si es entendida como sistema de “percepción íntima” de datos que no pueden ser expresados mediante el lenguaje, como sucede, por ejemplo, con el lenguaje gestual cuando se utiliza como indicio para establecer la credibilidad de un testigo– puede convertir a esta garantía en un mecanismo que impida el control de la racionalidad de la decisión judicial (Ibáñez, 59: 2003; Barreiro A., 80: 2003).

Finalmente, es dable concluir que el hecho de que el estándar “más allá de toda duda razonable” esté suficientemente decantado en la práctica judicial comparada, no implica que se hayan eliminado las discusiones relativas al “grado de convicción” requerido. *Si bien esta fórmula, propia de los jurados populares, tiene ventaja sobre la prueba legal, pues no ata la convicción del juez a formalidades preestablecidas, presenta como defecto evidente el de no exigir motivación, generando el peligro de arbitrariedad y, por ende, de injusticia. Las condiciones de suficiencia de la prueba que impondría el estándar: más allá de toda duda razonable, en nuestro medio, también parecen lejos de estar suficientemente decantadas.*

En consecuencia, se trata entonces de discutir cuáles son los márgenes de error aceptables, esto es, socialmente tolerables, en cada instancia o dicho de otro modo, cuánta certeza es necesaria en la decisión de que se trate (procesamiento, sentencia o apelación).

Bibliografía

- Allen, R. - Pardo, M., “Probability, explanation and inference: a reply”, en *International Journal of Evidence and Proof*, 2007, N°11.
- Allen, Ronald J., “Factual ambiguity and a theory of evidence”, en *Northwestern University Law Review*, 1994, N°88.
- Anderson, T. Schum, D. y Twining, W., *Analysis of evidence*. Cambridge, Cambridge University Press, 2ª ed. Revisada, 2005.

- Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- Barreiro, A., “Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación”, en *Jueces para la Democracia*, N°48, 2003.
- Broun, Kenneth S. et al., *McCormick on evidence*, St. Paul, Thomson/West, 6ª edición, 2006.
- Cafferata Nores, J. *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998.
- Cerda San Martín, Rodrigo, *Valoración de la prueba. Sana crítica*, Chile, Librotecnia, 2008.
- Clermont, K. - Sherwin, E., “A comparative view of standards of proof”, en *American Journal of Comparative Law*, 2002.
- Cohen, J., “The reasonable doubt jury instruction: giving meaning to a critical concept”, en *American Journal of Criminal Law*, 1995.
- Cohen, Jonathan, *The probable and the probable*, Oxford, Oxford U. Press, 1977.
- Etcheberry, Alfredo, “Consideraciones sobre el criterio de condena en el código procesal penal”, en *Delito, pena y proceso*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- Ferrer, Jordi, *La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba quasi benthamiana*, Legal Publishing-Universidad Austral, 2010.
- Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- Gascón Abellán, M., “La racionalidad en la prueba”, en *Revista de Ciencias Sociales*, 2000, N°45.
- Gascón, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- Gascón, Marina, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2005.
- González Lagier, Daniel, “Hechos y argumentos”, en *Jueces para la democracia*, N°47, 2003.
- Gorphe, FranCois, *La apreciación judicial de las pruebas*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- Guariglia, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Buenos Aires,

- Editores del Puerto, 2005.
- Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Hempel, Carl G., *Filosofía de la ciencia natural*, Madrid, Alianza, 1973.
- Horvitz, M. - López, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2004.
- Laudan, L., “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2005.
- Laudan, Larry, “Is reasonable doubt reasonable?”, en *Legal Theory*, N°9, 2003.
- Laudan, Larry, *Truth, error and criminal law. An essay in legal epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Laudan, Larry, “Una breve réplica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2005.
- MacCormick, Neil, “Razonabilidad y objetividad”, en *Revista de Ciencias Sociales*, 2000.
- Maier, J., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2da. ed., 1996.
- Pastor, Daniel R., *El principio de la descalificación procesal del Estado en el Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005.
- Popper, Karl, *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones* (1963), Buenos Aires, Paidós, 1994.
- Riego, C., “Nuevo estándar de convicción”, en *Proceso penal*, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2007.
- Roberts, P. - Zuckerman, A., *Criminal Evidence*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2ª ed., 2010.
- Stein, Alex, *Foundations of evidence law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Stella, F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*, Milán, Giuffrè Editore, 2003.
- Taruffo, M., “Considerazioni su dubbi e verità”, en *Criminalia. Annuario di Scienze Penalistiche*, 2009.
- Taruffo, M., *La prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2008.
- Taruffo, M., *La prueba de los hechos* (1992), Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- Taruffo, M., *Simply la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2010.
- Taruffo, M., “Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2005.

El caso del proceso por el asesinato de Facundo Quiroga en la historia del ritual judicial argentino

*Alan Iud**

Resumen

En Argentina el proceso penal adquirió características propias luego de la Independencia, asumiendo algunas de las funciones y elementos de los procesos penales europeos y angloamericanos, pero careciendo decisivamente de otros, sufriendo así una continua deslegitimación política. En este trabajo, se analiza este tópico a partir de un caso ocurrido en la etapa de formación de nuestra justicia penal, que refleja las rupturas y continuidades con el sistema propio de la época colonial.

Palabras clave: justicia penal, ritual judicial, proceso, Juan Manuel de Rosas, Facundo Quiroga.

The Facundo Quiroga murder trial in the history of judicial rituals in Argentina

Abstract

In Argentina the criminal process took on its own characteristics after the Independence, assuming some of the functions and elements of the Europeans and Anglo-Americans criminal processes, but not having others that were crucial, suffering then a continuous lack of political legitimacy. In this paper, this issue is analyzed with a case study that happened during the

* Abogado. Doctorando en Derecho Penal (UBA), alaniud@gmail.com.

period of foundation of our criminal justice system, showing the interruptions and continuities with the criminal justice system at the colonial period.

Keywords: criminal justice, rituals at trials, process, Juan Manuel de Rosas, Facundo Quiroga.

En un breve pero estimulante artículo, Víctor Abramovich recuerda a Rock Hudson personificando en una película a un famoso profesor de pesca que jamás había pescado. Había construido su prestigio escribiendo decenas de libros elaborados a partir de la lectura de otros libros. Por eso, Abramovich nos dice: “A este especial dominio del saber teórico, logrado en base a la lectura de libros sobre libros, con total prescindencia de la realidad referida, lo llamaremos en su honor: *complejo de Rock Hudson*”. Y luego señala sus distintas manifestaciones en el ámbito del estudio del derecho, remarcando el análisis de los fallos judiciales “mutilados del proceso”, para finalmente sugerirnos retomar el camino de Foucault y Marí proponiendo un esquema de análisis de lo jurídico (y con ello de lo judicial) que comprenda las diversas batallas que se libran a través de un proceso.¹ Este trabajo se inspira en esta ambiciosa propuesta: trataré de reflejar elementos del ritual judicial en la Argentina preconstitucional, con el objetivo de evidenciar sus continuidades en nuestras prácticas actuales, a partir de un caso judicial concreto, la causa penal seguida contra los responsables de la muerte de Juan Facundo Quiroga y su comitiva.² Como veremos, se trata de un caso

1. ABRAMOVICH, V., “El complejo de Rock Hudson. Sobre el menosprecio de la práctica judicial y de su propio discurso en el estudio y la enseñanza del derecho”, *No hay Derecho*, 1991, N°4, Buenos Aires.

2. Puede consultarse en el Tesoro de la Biblioteca Nacional de acuerdo a la siguiente cita: “Causa criminal seguida contra los autores y cómplices de los asesinatos perpetrados en Barranca-Yaco, territorio de Córdoba, el día 16 de febrero del año 1835, en las personas del Exmo. Sr. Brigadier General D. Juan Facundo Quiroga, comisionado del Exmo. Gobierno de Buenos Aires, su secretario, Coronel Mayor D. José Santos Ortiz, y demás individuos de su comitiva. Con las defensas de los reos, acusación del Fiscal del Estado, dictámenes del Juez Comisionado, y del Asesor General, y de las última actuaciones hasta la sentencia definitiva, y su ejecución”. Publicación oficial, Imprenta del Estado, Buenos Aires, 1837. Además, hay un detallado resumen en LEVENE, R., *Historia del derecho argentino*, Buenos Aires, VIII, 1954, pp. 477-537 y XI (documentos), 1958, pp. 239-334. Y

paradigmático, pues en un tiempo en que las disputas políticas se saldaban con la guerra y la muerte, se incorporó al proceso penal como una herramienta específica de transmisión de mensajes políticos. Además, producto del particular momento histórico que se vivía, con un orden moderno todavía no terminado de instituirse, el proceso a los asesinos de Quiroga aparece como un ritual judicial complejo en el que se manifiestan elementos de tiempos históricos en disputa.

I. El proceso como ritual y la realidad histórica argentina

Afirma Ignacio Tedesco que “el juicio penal público, que se conformó a partir de la segunda mitad del siglo XIX en la sociedad occidental, es un ritual judicial cuya dramatización es la reconstrucción de una verdad producto de una ficción a través de la cual, por un lado, se produce una catarsis individual y colectiva saludable en tanto se produce un proceso de identificación comunitaria, al mismo tiempo que el Estado legitima su poder de castigar”, agregando que no sólo “es un proceso de escenificación dramática, sino que [...] es un ritual judicial que se constituye como ficción e imagen cultural”.³

Como todo ritual, entonces, cumplirá una función integradora de valores. Así lo explica Tedesco: “Los rituales cumplen varias funciones. Por un lado, expresan y liberan la inquietud humana ante el cuerpo y el mundo, su transformación y aniquilamiento; por el otro, constituyen un mecanismo de mediación con lo divino o con ciertas formas de valores ocultos o ideales; y, finalmente, refuerzan el vínculo social a través de su función de comunicación y de regulación”.⁴ En este sentido, se ha dicho que el ritual “no sólo pone fin a algo, sino que se organiza para formar y reformar toda la vida social”.⁵

un resumen menor, con comentarios, en ZORRAQUÍN BECÚ, R., “El proceso a los asesinos de Quiroga”, en *Revista del Instituto de Historia Ricardo Levene*, 1971, N°22, pp. 165-205, Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires.

3. TEDESCO, I. F., *El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cultural*, 1ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 139 y ss., p. 118.

4. TEDESCO, I. F., *op. cit.*, p. 132.

5. ANITUA, G. I., *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad*

Así, según Garland, “para Durkheim los rituales de justicia penal –el juicio en el tribunal, la aprobación de la sentencia, la ejecución del castigo– son, en efecto, la encarnación y la representación formal de la conciencia colectiva”. Y continúa: “Los rituales no sólo ‘expresan’ emociones; las suscitan y organizan su contenido; proporcionan una especie de teatro didáctico por medio del cual se enseña al espectador qué sentir, cómo reaccionar y cuáles sentimientos exhibir en esa situación. Los rituales –incluyendo los rituales de justicia penal– son ceremonias que, mediante la manipulación de la emoción, despiertan compromisos de valor específicos en los participantes y en el público, y actúan como una especie de educación sentimental, generando y regenerando una mentalidad y sensibilidad definidas. [...] En otras palabras, el proceso penal debe verse como el medio para suscitar, expresar y modificar las pasiones, así como el juicio instrumental para administrar justicia a los transgresores. A la vez de ‘hacer algo’ con respecto al control del delito, los rituales penales manipulan las formas simbólicas como un medio para educar y tranquilizar al público. Los símbolos que se invocan en estas ceremonias –al igual que todos los símbolos públicos– ‘funcionan en situaciones concretas para organizar las percepciones (significados, emociones, conceptos y actitudes)’ y, de este modo, perfilan el *ethos* cultural y la sensibilidad personal. Por ello el castigo ayuda a estructurar nuestro discurso y prácticas habituales para ‘acusar’, ‘culpar’ y reflexionar acerca del crimen. Proporciona una guía moral, patrones de discernimiento y un lenguaje condenatorio con profundas repercusiones sociales para organizar la conducta de todo tipo de personas, al igual que su papel en la retroalimentación directa de apoyo a las instituciones de castigo”.⁶

El juicio penal público, entonces, aparecerá en la modernidad para suplantar como ritual a la ejecución del castigo, que había sido la instancia comunicativa propia de la justicia inquisitiva. Así, “la conformación del juicio penal público en los sistemas de enjuiciamiento penal occidentales, entre fines del siglo XVIII y la centuria siguiente, fue una oportunidad para reflejar la racionalidad imperante en el proceso de imposición del castigo estatal.

de los juicios penales, 1º ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, con cita a Edward Muir, p. 322.

6. GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI editores, 2º ed. en español, 2006, México, pp. 88-90.

Las ‘ceremonias’ penales pasaron a ser predecibles, eficaces e incruentas. Los procesos rituales del conflicto penal se confinaron al tribunal y a las instancias de condena y sentencia, y no a su ejecución”.⁷

Resta aclarar que esta clase de ritual judicial requiere de ciertos elementos. Así, Tedesco explica que “esta escenificación del juicio implica necesariamente que este debe ser considerado un espectáculo que se representa ante un público determinado. Como tal, posee tres de las reglas del teatro clásico. Por un lado, ‘unidad de lugar’: todo el proceso se desarrolla en la sala de audiencia; ‘unidad de tiempo’: el juicio se condensa en un espacio de tiempo determinado y continuo hasta que se llega a una decisión final; y una ‘unidad de acción’: a lo largo del proceso una sola acción humana es juzgada y todo lo que acontezca lo será en derredor de ese caso”.⁸

Pues bien, la idea que inspira este trabajo es que el juicio penal en Argentina tomó características propias luego de la emancipación política del reino de España, asumiendo algunas de las funciones y elementos presentes en los procesos penales europeos y angloamericanos, pero careciendo decisivamente de otros, sufriendo así una continua deslegitimación política. No en vano nuestro sistema procesal penal es ubicado conceptualmente como un sistema de enjuiciamiento “inquisitivo reformado”.

Pero esta es una característica conocida de nuestra justicia penal. Lo que yo me propongo, en todo caso, es ejemplificar con una causa criminal en particular estos elementos. Y para ello he optado por analizar un proceso que tuvo lugar durante la etapa formativa de nuestra justicia penal, pues entiendo que es en ese momento donde mejor se ven las rupturas y continuidades con el sistema inquisitivo propio de la época colonial, a la par que parto del presupuesto de que nuestro sistema de justicia penal no ha sufrido desde entonces significativas variaciones.⁹

7. TEDESCO, I. F., *op. cit.*, p. 140.

8. TEDESCO, I. F., *op. cit.*, p. 120.

9. Por supuesto que esta afirmación es exagerada si se analizan las normas que regulan el enjuiciamiento penal y, fundamentalmente, los progresos obtenidos en materia de derechos y garantías. Sin embargo, esas modificaciones constituyen más bien nuevos límites del sistema de enjuiciamiento instaurado en aquel entonces, sin implicar su transformación. La instauración del juicio oral y público en 1992 no modifica sustancialmente este análisis, dado que sólo una pequeña porción de los casos que ingresan al sistema llegan a la etapa de juicio y que, además, la publicidad de los mismos es más declamativa que real.

Para ello, será imprescindible realizar un análisis contextualizado de dicho proceso. Por eso, primero repasaré someramente la situación política originada luego de la Revolución de Mayo y sus implicancias en materia jurídica. Luego reseñaré algunos datos históricos relevantes sobre el asesinato de Facundo Quiroga, sobre los cuales existe consenso entre las distintas corrientes historiográficas. Y, finalmente, pasaré a revisar el juicio a los asesinos de Facundo, tratando de detectar sus particularidades y encontrar algunas de sus razones.

II. Revolución y guerra. La Argentina preconstitucional y la conformación del espacio judicial

Tulio Halperín Donghi sintetizó bajo la frase “revolución y guerra” el período comprendido entre la Revolución de Mayo y la organización de la República con la adopción de la Constitución Nacional en 1852.¹⁰ Pocas veces se resumió tan precisa y escuetamente unas cuatro décadas.

Como se sabe, la llamada Revolución de Mayo estuvo muy lejos de ser el resultado de una lucha de liberación nacional. No existía tal cosa –una “nación argentina”– y la revolución parece ser más efecto de una serie de hechos desencadenados en otras latitudes, interpretados hábilmente por una elite dirigente incipiente y diversa. Así, las distintas corrientes historiográficas parecen coincidir en que dos hechos fueron decisivos para ese desenlace revolucionario: la contundente derrota de los invasores ingleses en 1806 y 1807 propinada por los criollos¹¹ –sin intervención de la corona española– y la ocupación de España por la Francia liderada por Napoleón Bonaparte. Estos hechos generaron la oportunidad política para concretar un velado reclamo de la incipiente burguesía rioplatense: el comercio libre con el mundo, pero especialmente con Inglaterra y Francia. En definitiva, la Revolución de Mayo no tuvo el impulso de una comunidad constituida, con signos identitarios definidos que estaban oprimidos y luchaban por su liber-

10. HALPERÍN DONGHI, T., *Revolución y guerra. Formación de una élite dirigente en la argentina criolla*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1994.

11. En rigor, por criollos, negros y españoles, según David Rock. *Argentina 1516-1987. Desde la colonización española hasta Raúl Alfonsín*, Alianza, Buenos Aires, 1ª ed., 1989, 5ª reed. 1999, p. 113.

tad, sino que, por el contrario, fue producto de la visión política de una elite, representante de la burguesía mercantil porteña, que necesitaba expandir sus negocios.

Pues bien, la generación y distribución de la renta fue también el motor de las disputas posteriores de esa elite dirigente y sus herederos. Así, después de la Revolución de Mayo y la consagración definitiva de la independencia en 1816, tiene lugar una feroz y duradera guerra civil que enfrenta a dos facciones: los unitarios y los federales. Como se sabe, los unitarios eran tributarios del centralismo, procuraban la aseguración de la renta comercial para Buenos Aires y reivindicaban a esta como eje político-económico del naciente país. Los federales, en cambio, representaban los intereses político-económicos del resto de las provincias y arrastraban tras de sí, a partir de las figuras caudillescas de sus líderes, a las masas postergadas.¹² Es que, como dice Alberdi, la Revolución de Mayo creó “el *estado metrópoli*, Buenos Aires, y el *país vasallo* [...]. El uno gobierna, el otro obedece; el uno goza del tesoro, el otro lo produce; el uno es feliz, el otro miserable; el uno tiene su renta y su gasto garantido; *el otro no tiene seguro su pan*”.¹³

Es lógico que en este escenario de permanente y descarnado conflicto, donde ningún grupo conseguía imponerse de forma duradera al otro, la organización político-jurídica como nación fuera una quimera. Así, fracasaron sucesivamente numerosos proyectos de constituciones nacionales. Y así también en el campo judicial se mantenían fuertes continuidades de sus características hispánicas. En definitiva, la Revolución de Mayo trajo escasos cambios para la resolución de los conflictos, a pesar de la proliferación de ideas liberales, del florecimiento de un iluminismo *sui generis*, a la porteña, y del dictado de algunas normas tributarias de esta filosofía.

El mejor reflejo esta tensión entre los cambios políticos y la continuidad del campo judicial colonial es, como señala Zorraquín Becú, el reemplazo de los miembros españoles de la Audiencia de Buenos Aires por jueces criollos, realizado el 22 de junio de 1810, y de acuerdo a los procedimientos

12. Si bien estos dirigentes representaban a las burguesías provinciales en formación, es indiscutible que muchos de ellos consiguieron encolumnar tras de sí a grandes sectores de la población gauchesca. Al decir del historiador revisionista José María Rosa, “el caudillo era el sindicato del gaucho” (FEINMANN, J. P., *La Sangre derramada. Ensayo sobre la violencia política*, Booket, Buenos Aires, 1ª ed. 1998, 3ª ed. 2007, p. 158).

13. ALBERDI, J. B., *op. cit.*, p. 110, citado por Feinmann, J. P., *op. cit.*, p. 135.

legales establecidos por la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680.¹⁴ Es decir que la conformación del nuevo gobierno –al fin y al cabo, del primer gobierno patrio– impulsaba su desplazamiento, pero el mismo se atenía a la legislación emanada de la propia España hacía más de un siglo.

Por otro lado, Osvaldo Barreneche, en un documentado estudio sobre este período, sostiene que la creación de una fuerza policial en la década de 1810 –junto con una desafortunada reorganización judicial en la provincia de Buenos Aires en la década siguiente– dejó a los jueces criminales sin la dependencia directa de estos, que devino en “una justicia criminal de puertas adentro complementada por una fuerza policial auxiliar con gran poder de interferencia entre los magistrados y la sociedad civil. El uniforme y no la toga, en sentido figurado, pasarían a ser el símbolo visible de la justicia republicana bonaerense para generaciones futuras”.¹⁵

En lo que respecta a la justicia criminal bajo el poder de Rosas, Ricardo Salvatore cuenta que durante su dominio, se despliega en Buenos Aires un complejo aparato judicial, en el que funcionan los códigos del espectáculo y la retribución, como medio para la aplicación y difusión de la ley. Este aparato judicial se caracterizaba por presentar dos instancias diferenciadas de aplicación de la ley: una local, para la campaña, y otra central, para la ciudad. Explica Salvatore que “la justicia central estaba definitivamente marcada por objetivos militares. En período de campañas militares, justos y pecadores eran enrolados con excusas varias (delitos existentes o imputados); sus destinos, decididos por el dictador, reflejaban los requerimientos de la guerra. La justicia local, por otra parte, no parecía tan arbitraria; se ocupaba de ‘pacificar’ y ‘ordenar’ la campaña con penalidades más variadas y atenuadas. Eran estos dos ejercicios disciplinarios diferentes: uno se orientaba a imponer por la fuerza la ‘contribución’ que los ciudadanos debían al estado guerrero, el otro trataba de consolidar un orden basado en la propiedad, las buenas costumbres, y el respeto de la ley.” Y continúa: “la justicia en la era rosista presenta características propias, a medio camino entre el antiguo modelo de espectáculo y poder real y el moderno modelo de prisiones-fábricas

14. Citado en BARRENECHE, Osvaldo, *Dentro de la Ley, Todo. La justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del sistema penal moderno de la Argentina*, Ediciones Al Margen, La Plata, 2001, p. 77.

15. BARRENECHE, O., *op. cit.*, p. 109.

e igualdad ante la ley. La dualidad entre la justicia local y la central esconde una escisión mayor entre la *visibilidad* de algunos castigos y la *invisibilidad* de otros. Aquí la didáctica popular del espectáculo se complementa con el temor de lo oculto: un tiempo indefinido de prisión en Santos Lugares y una sentencia muchas veces arbitraria y desproporcionada aguardaba a todos los presos remitidos desde la campaña. Mientras que la justicia local (orden vecinal y propietario) aparece inmediata, previsible, y visible, la justicia central (el poder autocrático, la maquinaria guerrera) se presentaba como algo arbitrario, impredecible. Es que el estado rosista combina los atributos del antiguo régimen –el absolutismo, la centralización del poder– con atributos bien modernos, republicanos –la predictibilidad y visibilidad de la pena, el principio de igualdad ante la ley y la especialización del poder punitivo. Por ello, el sistema de delitos y penalidades construido por Rosas no encaja en ningún ‘modelo punitivo’. Junto con esta compleja y a veces confusa justicia ‘dual’ (local-central), operaba un sistema judicial ‘moderno’ con asiento en la Capital. Algunos casos de homicidios, robo, violaciones, injurias, etc., seguían un curso totalmente distinto al descripto anteriormente. Se iniciaba un sumario policial, se elevaba el caso a un juez de primera instancia, se sustanciaba el proceso con testigos y pruebas, fiscal y defensor presentaban sus alegatos y el juez dictaba sentencia”.¹⁶

III. El jardín de los senderos que se bifurcan: ideas político-jurídicas y prácticas concretas

Como vimos, la Revolución de Mayo no trajo consigo grandes cambios en materia judicial. Sin embargo, no puede decirse lo mismo en cuanto a las ideas de los juristas y de los dirigentes sobre lo legal: el *complejo de Rock Hudson* existió entre nosotros desde mucho antes de la organización de la República.

Es uniformemente aceptado por las distintas corrientes historiográficas que durante los años de la Revolución de Mayo (pre y pos 1810) hubo una importante difusión del iluminismo entre la elite porteña. Primero a través del contrabando y luego con mayor libertad, la elite lectora pudo dis-

16. SALVATORE, R., “El imperio de la Ley. Delito, estado y sociedad en la era rosista”, en revista *Delito y Sociedad*, año III, N°4/5, 1993/94, Buenos Aires, p. 97 y ss.

poner de ejemplares de las obras de Montesquieu, Descartes, Locke, Voltaire y Rousseau. Sin embargo, esta elite ilustrada recibe al liberalismo de una forma “sui generis”, eliminando sus elementos “anticlericales” (simbolizado por la célebre frase con la que Moreno justificó la supresión de los capítulos y pasajes dedicados a la religión en su traducción de *El contrato social*, de Jean Jacques Rousseau). Este mutilamiento es atribuido usualmente a la influencia del “moderantismo español”, definido por Tomás y Valiente como “el régimen político de una oligarquía que desea guardar las formas de un régimen representativo sin perjuicio de renunciar de antemano a los resultados que comportaría una aplicación sincera del mismo”.¹⁷

En materia jurídica los principales referentes de estas nuevas ideas indudablemente eran –en la década del 10– el propio Mariano Moreno, Bernardo de Monteagudo, el deán Gregorio Funes y Pedro José Agrelo. Sin embargo –como es de esperar que toda Revolución saque a la luz también a sectores reaccionarios– no faltaban las expresiones a favor de la continuidad del orden legislativo: así se pronunciaban Vicente Pazos Silva o a Manuel Antonio de Castro, quienes solían remarcar los riesgos de adoptar reformas apresuradamente.¹⁸

De todas formas puede afirmarse que las ideas iluministas se vieron reflejadas en distintas normas jurídicas sancionadas en el período pos-Mayo, dando cuenta de los profundos cambios políticos producidos,¹⁹ ellas son: el Decreto de Seguridad Individual de 1811, el Estatuto Provisional de 1815, el Reglamento Provisional de 1817, así como la Constitución de 1819.²⁰ Se trata

17. BUNGE CAMPOS, L. M., “El decreto de seguridad individual de 1811” en HENDLER, Edmundo (comp.), *Las garantías penales y procesales, un enfoque histórico-comparado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 6.

18. Puede consultarse una acabada reseña de sus posiciones en TAU ANZOÁTEGUI, V., *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad Social e Ideas Jurídicas*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, XI, Buenos Aires, 1977.

19. Se debate la definición de estas normas como “leyes intermedias” (según Alberdi) o “legislación patria” (según Ricardo Levene).

20. “Tanto un instrumento como el otro estaban en vigencia, al haber sido sancionados por el Congreso General Constituyente. El de 1817 tuvo carácter provisional, hasta tanto se sancionara la Constitución. Pero persistió *legalmente* después, en forma parcial, a través de una disposición de la propia Constitución del 19. En efecto, el art. 135 estableció

de normas jurídicas que consagraron derechos individuales característicos de la República y el Estado de Derecho, entre los que claramente se encuentran el derecho a la vida, el honor, la libertad, la propiedad, el juicio previo y la defensa en juicio, y los principios de la inviolabilidad del domicilio y de legalidad. Como es sabido, la mayoría de ellos fue reconocido por primera vez en el Decreto de Seguridad Individual, pero las normas que sucedieron a este los recogieron igualmente (con algunas excepciones en el caso del Reglamento Provisional de 1817, que como señala Bunge Campos, “representa un retroceso frente a las normas del estatuto, sobre todo en cuanto a la resistencia al arresto ilegal y a la admisión expresa del arbitrio judicial en lo referido a las penas”;²¹ asimismo, el Estatuto Provisional de 1815 contenía una mayor recepción –con respecto al Decreto de Seguridad Individual– de los principios de reserva y de legalidad).

Sin embargo, a pesar de estas y otras nuevas normas y del florecimiento discursivo del iluminismo, el derecho penal que siguió a la Revolución de Mayo no se caracterizó precisamente por las rupturas con el régimen anterior.

En este sentido, Abelardo Levaggi afirma: “No debe suponerse [...] que la Revolución de Mayo produjera en el derecho penal argentino una transformación radical. Para entender debidamente la situación es menes-

que continuarían ‘observándose la leyes, estatutos y reglamentos que hasta ahora rigen, en lo que no hayan sido alterados ni digan contradicción con la Constitución presente, hasta que reciban de la Legislatura las variantes o reformas que estime convenientes’. A su vez, la Constitución de 1819, como es sabido, no sólo tuvo sanción, sino también principio de aplicación. De una [en referencia al Reglamento Provisional de 1817] y otra no hubo, pues, derogación expresa alguna en forma total. No obstante, fue tal la conmoción provocada en el año 1820, con la destrucción del Estado Nacional, que algunos coligieron que, junto con el Congreso y el Director Supremo, también había caído la Constitución. No he encontrado desenvuelto en la época el precedente argumento acerca de la vigencia legal de estos instrumentos constitucionales, pero lo cierto es que ambos se hallan entre las fuentes más importantes del derecho público provincial desde el mismo año 20 hasta más allá de la mitad de la centuria. Tuvieron vigencia plena o fragmentada, según los casos, pero se percibe que ello se realizaba con cierta libertad, acomodando los preceptos a las peculiaridades locales y también a los mayores o menores resquicios que ofrecía cada ordenamiento provincial”. TAU ANZOÁTEGUI, V., “En torno a la mentalidad de nuestros juristas del ochocientos”, en *Revista de Historia del Derecho*, N°5, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1977, pp. 430-431.

21. BUNGE CAMPOS, L. M., *op. cit.*, p. 21.

ter hacer un distingo entre las ideas penales y las normas penales. Respecto de las primeras, sí puede afirmarse que la Revolución activó el proceso de cambio que ya se venía operando desde las últimas décadas del XVIII, con más precisión, desde el reinado de Carlos III, como que, por ejemplo, es de esta época que data la llegada a Buenos Aires de los libros de Beccaria y de los ilustrados españoles, entre ellos Lardizábal y el práctico José Marcos Gutiérrez. Este (las ideas) sería el elemento dinámico del proceso. En vez, las normas, sólo muy despaciosamente se fueron reformando, a punto tal que puede decirse sin exageración que entre el sistema penal de 1800 y el de 1820 o 1840 no había diferencias sensibles, antes bien en algunos casos se advertían retrocesos, en materia, por ejemplo, de una mayor severidad de las penas por robos causados y sometidos a la jurisdicción de comisiones especiales. He aquí el elemento estático de este período, que nos obliga a recordar, una vez más, el hecho de la supervivencia del anterior derecho castellano-indiano en la etapa patria precodificada, y aun el de su segunda vida por la incorporación de sus normas –en mayor o menor medida según las ramas del derecho– a los códigos. Es que el derecho argentino, no obstante la recepción de principios e instituciones de otros sistemas extranjeros (considerados como ‘derecho científico’) ha guardado continuidad en lo vertebral, a lo largo del tiempo”.²²

Este proceso de ruptura y continuidad trasunta notoriamente en el Reglamento Provisorio de 1817 (sancionado por el Congreso General Constituyente, que se había reunido en Tucumán en 1816 y que para ese entonces se había trasladado a Buenos Aires), el cual expresamente disponía que: “Hasta que la Constitución determine lo conveniente, subsistirán todos los códigos legislativos, cédulas, reglamentos y demás disposiciones generales del antiguo gobierno español, que no estén en oposición directa o indirecta con la libertad e independencia de estas provincias, ni con este Reglamento, y demás disposiciones que no sean contrarias a él, libradas desde el 25 de Mayo de 1810”. Es decir que continuaban vigentes las *Siete Partidas* de Alfonso el Sabio, la Nueva y Novísima Recopilación (aunque esta última nunca fue muy contemplada) y demás normas españolas antiguas, pero en caso de

22. LEVAGGI, A., *Historia del Derecho Penal Argentino*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Lecciones de Historia Jurídica IV, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1978. El destacado me pertenece.

conflicto con las normas sancionadas después de la Revolución, se impondrían estas últimas.

En el plano de las ideas jurídicas, Tau Anzoátegui señala que “era objetivo primordial del esquema racionalista iluminista la renovación legislativa, pero durante estos años las tareas más afanosas las absorbió una parte de aquel ordenamiento: la constitución política del nuevo Estado. En cambio, el resto del antiguo orden legislativo mereció solo atención secundaria. No obstante, a través de referencias directas o indirectas, es posible descubrir una actitud crítica predominante contra el ordenamiento existente, continuando la tónica ilustrada de la segunda mitad del XVIII, acentuada ahora con severas condenas al pasado colonial y con propuestas de radicales reformas de inspiración racionalista”.²³

Es así que, en los años posteriores a la Revolución, “los debates legislativos sobre nuevas leyes criminales y el código penal fueron generalmente postpuestos hasta que una constitución fuese aprobada, lo que tomaría mucho más tiempo que el que los líderes de la Revolución de Mayo esperaban. Pero esto no significó falta de interés en la discusión y aplicación de estas ideas liberales a las leyes penales vigentes en esos momentos de transición. Intelectuales, juristas, abogados y legisladores debatieron sobre estas nuevas concepciones que iban penetrando el discurso penal de las facciones políticas en el poder. Desde el momento en que ese pensamiento se difundió en Buenos Aires, señalaba el periódico *El Argos* ‘nada fue más deseado que la reforma de los códigos criminales’”.²⁴

Esta distancia entre normas y realidad también la advierte Bunge Campos: “Período rico y difícil el que abre la segunda década del siglo XIX. En él conviven los reveses de las armas, los conflictos internos, las diversas realidades locales, la lucha de las tendencias iluministas, con todas sus variantes, y las tradicionalistas. [...] Se trata de pensar un país, luchar una guerra y unificar un pueblo, todo al mismo tiempo. Ello explica los movimientos pendulares de la legislación de todo el período patrio compuesta básicamente por dos tipos de normas, las ideológicas por un lado y las empíricas por el otro; las que tienden a fundar un Estado de derecho por un lado y las que pretenden solucionar problemas coyunturales por el otro; las impulsan el

23. TAU ANZOÁTEGUI, V., *La codificación...*, op. cit., p. 72.

24. BARRENECHE, O., op. cit., p. 143.

cambio y las que reaccionan ante las dificultades. Estos dos grupos de normas convivirán en conflicto por largo tiempo en nuestra historia...”.²⁵

Y finalmente, como señala Maier, “a pesar de que entre los principales motivos que originan la Revolución de Mayo figura siempre, por lo menos desde el punto de vista político-ideológico, el ingreso al entonces Virreinato del Río de la Plata de las nuevas ideas liberales procedentes del Iluminismo, no va a ser posible detectar en nuestro país un avance decisivo en este sentido hasta la Constitución de 1853. Ello es comprensible si se tiene presente que, en materia de legislación procesal, ni siquiera la Constitución de 1853, pese a los claros principios que contiene su texto, operó cambios profundos; ellos debieron ser esperados hasta el siglo XX y, lamentablemente, aún hoy no han alcanzado solidez cultural en la República Argentina, que conserva todavía códigos procesales penales cuyas características están inspiradas en el *antiguo régimen* (inquisitivo) y cuyos políticos, académicos y prácticos [...] todavía discuten, y se ven necesitados de discutir, acerca de la implantación de instituciones procesales penales que la Constitución ordena y que, universalmente, han dejado de ser discutidos...”.²⁶

Sin embargo, esta distancia no parece que fuera exclusiva de nuestra país ni de esa época. Tal como dice Maier, persiste hasta nuestros días. Es lo que precisamente denuncia Abramovich al hablarnos del *complejo de Rock Hudson*. Más precisamente, Foucault señala que se trata de una de las características de la sociedad contemporánea, a la cual denomina *sociedad disciplinaria*. Así, el filósofo francés comienza la cuarta conferencia de *La verdad y las formas jurídicas* analizando la formación de la sociedad disciplinaria en Europa, a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, y remarca que ese proceso puede ser caracterizado por la aparición “de dos hechos contradictorios, o mejor dicho, de un hecho que tiene dos aspectos, dos lados que son aparentemente contradictorios: la reforma y la reorganización del sistema judicial y penal en los diferentes países de Europa y del mundo”. Y aclara que “esta transformación no presenta las mismas formas, amplitud y cronología en los diferentes países. En Inglaterra, por ejemplo, las formas de la justicia permanecieron relativamente estables, mientras que el

25. BUNGE CAMPOS, L. M., *op. cit.*, p. 11. El destacado me pertenece.

26. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I. Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2ª ed., 1996, pp. 391-392.

contenido de las leyes, el conjunto de las conductas reprimibles desde el punto de vista penal, se modificó profundamente. En el siglo XVIII había en Inglaterra 313 o 315 conductas susceptibles de llevar a alguien a la horca, al cadalso, 315 delitos que se castigaban con la pena de muerte. Esto convertía el código, la ley y el sistema penal inglés del siglo XVIII en uno de los más salvajes y sangrientos que conoce la historia de la civilización. Esta situación se modificó profundamente a comienzos del siglo XIX sin que cambiaran sustancialmente las formas y las instituciones judiciales inglesas. En Francia, por el contrario, se produjeron modificaciones muy profundas en las instituciones penales manteniendo intacto el contenido de la ley penal”. Luego, Foucault reseña la consagración de la teoría de la infracción penal (en tanto infracción al pacto social) y las penas pensadas ante la misma por los teóricos iluministas y hasta recogidas por los legisladores revolucionarios: deportación, trabajo forzado, vergüenza, escándalo público y pena de Talión. Pero finalmente nos revela que “si observamos lo que realmente ocurrió, cómo funcionó la penalidad tiempo después, hacia el año 1820, en la época de la Restauración en Francia y de la Santa Alianza en Europa, notamos que el sistema de penalidades adoptado por las sociedades industriales en formación, en vías de desarrollo, fue enteramente diferente del que se había proyectado años antes. No es que la práctica haya desmentido a la teoría, sino que se desvió rápidamente de los principios teóricos enunciados por Beccaria y Bentham”. Está hablando, claro, del surgimiento de la pena de prisión.²⁷

Si bien este proceso en la incipiente Argentina indudablemente tuvo características distintas, en definitiva permite poner en duda que la causa de esa distancia en el período posrevolucionario fuera la quimérica organización nacional y el “caos” reinante. Sin embargo, el estudio de este problema excede por completo a este trabajo. Basta con señalar que hay acuerdo entre los estudiosos de nuestra historia del derecho en cuanto a la ausencia de cambios profundos en la justicia penal rioplatense pos Mayo, a pesar de la proliferación del ideario iluminista y la adopción de normas inspiradas en esa ideología.

En todo caso, tal vez sí podamos decir que el período comprendido entre 1810 y 1853 fue un tiempo en el cual convivieron elementos de la so-

27. FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, 2ª ed., 2003, Barcelona, pp. 95-100.

ciudad colonial hispánica que se dejaba atrás y el proyecto de la modernidad que afloraba. Encontraremos resabios de aquella sociedad y los orígenes de la nuestra. Es de esperar entonces que podamos encontrar correlatos de estas tensiones en el espacio judicial de la época. Y más precisamente, que hallemos en aquel ritual judicial similares características al del nuestro.

IV. El asesinato de Juan Facundo Quiroga y la causa criminal contra sus victimarios

Como ya adelanté, la propuesta de este trabajo es analizar el ritual judicial-penal en el Buenos Aires preconstitucional, a partir de un caso concreto: la causa penal instruida con motivo del asesinato de Juan Facundo Quiroga y su comitiva.

La historia de la muerte de Quiroga ha sido ampliamente relatada por nuestra historiografía y es bien conocida. Caudillo federal combativo y popular de las provincias del noroeste (su origen era La Rioja, pero su ascendencia sobre las provincias excedía ampliamente los límites geográficos), luego de la derrota en la batalla de Oncativo, aquejado por problemas de salud, se instala en Buenos Aires. Allí, siguiendo el clásico libro de David Peña, “adquiere una buena propiedad, dota de los mejores maestros a sus hijos; los vincula a la mejor sociedad, casa a sus hijas con hombres distinguidos y entra de lleno en el juego de la política sobre la base de su popularidad, de su fortuna y de la gama extraordinaria, singular, de sus talentos, que lo presentarán ahora como un hombre de salón...”.²⁸ Facundo modera su discurso y hasta muestra acercamientos con un símbolo de los unitarios: Rivadavia. Pero esto incomoda decisivamente a otro caudillo, mucho más poderoso: Juan Manuel de Rosas. La muerte de Facundo quedará instalada como una sospecha eterna sobre Rosas.

Sigamos aquí el ágil relato de Feinmann: “Facundo anda por los cuarenta y seis años. Su reuma lo corroe dolorosamente. Pero su prestigio es muy grande. Tanto, que le piden que marche al norte para solucionar un

28. PEÑA, David, *Juan Facundo Quiroga*, Eudeba, Buenos Aires, 1968, p. 170.

conflicto que ha surgido entre las provincias de Salta y Tucumán.²⁹ ¿Cómo no habría de ir Facundo? Su nuevo rol de pacifista y organizador de la Nación se lo exige. Decide marchar sin escolta. Lo acompaña su secretario privado, el doctor Santos Ortiz. Un doctor en Filosofía.

El 20 de diciembre de 1834, Rosas, en la hacienda de Figueroa, le escribe una importante carta que le hace alcanzar con un chasquí. Es la célebre *Carta de la hacienda de Figueroa*, en la que el Restaurador explicita su pensamiento político. Dice Rosas: “No habiendo, pues, hasta ahora entre nosotros, como no hay, unión y tranquilidad menos mal es que no exista esa Constitución que sufrir los estragos de su disolución”. Este párrafo de la *Carta de la hacienda de Figueroa* es posiblemente el más importante y el que tal vez arroje alguna luz sobre la muerte de Facundo.

Rosas se oponía al dictado de una Constitución. Previa a ella debía existir la unidad del país. Facundo pensaba: la Constitución dará la unidad. Rosas pensaba: antes hay que conquistar, en los hechos, la unidad y luego se podrá dictar una Constitución.

Facundo viaja hacia el norte. Es un viaje penoso. Su reuma lo martiriza. “[...] Facundo soluciona el conflicto del norte y emprende el regreso. Le han dicho que los gobernantes de Córdoba, los hermanos Reynafé, han preparado una partida que lo embosque y le quite la vida. Quiroga, soberbio, responde: ‘Aún no ha nacido quien pueda matarme’.

Pero sí había nacido. Era un oscuro gaucho levantisco, un criminal obediente, un hombre más cercano a la imprudencia que al coraje. Su nombre es Santos Pérez y aguarda a Quiroga en un pedregal llamado Barranca Yaco.

[...] El 16 de febrero de 1835, cerca del mediodía, la galera de Facundo llega a Barranca Yaco. [...] [Allí] los detiene la partida de Santos Pérez.³⁰ El Tigre de los Llanos se asoma por la ventanilla y pregunta: ‘¿Quién comanda

29. Corresponde precisar aquí el relato de Feinmann. El gobierno de la provincia de Buenos Aires estaba por entonces a cargo, interinamente, de Manuel Vicente Maza, quien era presidente de la Legislatura. Fue él quien formalmente le solicitó a Quiroga que interviniera. Las Instrucciones fueron publicadas por Enrique M. BARBA, *Correspondencia entre Rosas y Quiroga en torno a la organización nacional*, pp. 78-82, Buenos Aires, Universidad Nacional de La Plata, 1945 (c.fr. Zorraquín Becú, R., *op. cit.*, p. 167).

30. Nuevamente, es necesario aclarar que la partida estaba compuesta por aproximadamente veinte hombres y que Santos Pérez era capitán de milicias en Córdoba.

esta partida?'. Recibe un pistoletazo en un ojo. Muere al instante. El resto... es una brutal carnicería. Luego, cuando los asesinos se van, se descarga una tormenta. Un aguacero de verano, abrupto y tórrido. Violento. Ha sido asesinado Juan Facundo Quiroga.”³¹

Luego, Feinmann relata que desde el primer momento se instaló la sospecha de que fue el propio Rosas quien mandó a matar a Facundo. Y dice: “A Rosas se lo incrimina sobre la base de conjeturas. Que son: a) Facundo quería Constitución, Rosas no; b) Facundo había comenzado peligrosas conversaciones con los unitarios, con los sectores cultos de la sociedad que abominaban de don Juan Manuel; c) Facundo era el único político con prestigio como para oponerse a los planes de dominación absoluta de Rosas. De estos tres puntos se deduce: Rosas ordenó la muerte de Facundo”. Pero el autor nos recuerda que Rosas, desde su destierro en Southampton en 1870, pregunta: “¿Lo han probado?”. Y es cierto, nadie lo probó.³²

Y bien difícil hubiera sido probarlo. Con la muerte Facundo, Rosas reaparece en el primer plano de la vida política: retorna al gobierno de la provincia de Buenos Aires y se le adjudica la suma del poder público. En su discurso de asunción en la Legislatura de Buenos Aires, el 13 de abril de 1835, Rosas proclama: “Ninguno ignora que una fracción numerosa de hombres corrompidos, haciendo alarde de su impiedad y poniéndose en guerra abierta con la religión, la honestidad y la buena fe, ha introducido por todas partes el desorden y la inmoralidad”. Y agrega: “El remedio a estos males no puede sujetarse a formas y su aplicación debe ser pronta y expedita. [...] La Divina Providencia nos ha puesto en esta terrible situación para probar nuestra virtud y nuestra constancia. Persigamos a muerte al impío, al

31. FEINMANN, J. P., *op. cit.*, p. 170 y ss. Agregaremos aquí que ya había corrido la voz de que a Facundo lo tratarían de matar al pasar por Córdoba en el viaje hacia el norte. Ese intento fracasó, pues Facundo y su comitiva habrían pasado más rápido de lo esperado, o bien porque quien se comprometió a asesinarlo no quiso hacerlo.

32. FEINMANN, J. P., *op. cit.*, p. 173. Vale decir que no todos los historiadores abonan esa hipótesis ni sus presupuestos. Así, se expresa Cárcano, relatando el viaje al norte de Facundo: “El general Quiroga, achacoso y sedentario, encantado de su holganza y holgura, viaja para servir lealmente aquellos propósitos y no para traicionarlos. Pensar que lo anima la intención de combatir a Rosas y procurar la Constitución del país es desconocer todas las circunstancias y atestiguar más ingenuidad que suspicacia” (Cárcano, R. J., *Juan Facundo Quiroga*, p. 34).

sacrílego, al ladrón, al homicida y sobre todo al pérfido y traidor que tenga la osadía de burlarse de nuestra fe. [...] Que de esta raza de monstruos no quede uno entre nosotros y que su persecución sea tan tenaz y vigorosa que sirva de terror y de espanto. [...] El Todo Poderoso dirigirá nuestros pasos”.³³

Pero volvamos a la muerte de Facundo. Inicialmente, la justicia de Córdoba quedó a cargo de investigar los homicidios. Como era de esperar, dominada por los hermanos Reynafé, simplemente allí se trató de exculpar a Santos Pérez y su grupo.³⁴ Los Reynafé, además, contaban con el respaldo político de Estanislao López, gobernador de Santa Fe, sobre quien también habían caído sospechas por el asesinato. Pero Rosas, que había hecho de la muerte de Quiroga la justificación de su retorno –y por si fuera poco, con la sospecha instalada en su persona–, no pensaba dejar las cosas así. Con el apoyo de Felipe Ibarra, gobernador de Santiago del Estero, forzó a López a cambiar de posición.³⁵ Entonces “envió a las provincias la circular del 30

33. Citado en FEINMANN, J. P., *op. cit.*, pp. 175-176. A su vez el autor remite a Carlos Ibarguren, *Juan Manuel de Rosas*.

34. Se intentó presentar el caso como un robo, desprovisto de connotaciones políticas. El propio Santos Pérez estaba a cargo de la investigación del hecho, junto con el capitán Francisco Antonio Sánchez, por indicación del Teniente Coronel Guillermo Reinafé. Este último luego informaba a la Comisión creada por el Gobernador delegado –Domingo Aguirre– que no había podido “columbrarse absolutamente noticia alguna que indique quiénes hayan sido los perpetradores del delito más atroz que haya visto esta Provincia’. Habían pasado cinco personas –por la dormida y Guayacaste– armadas y desconocidas y algunos con caballos de tiro en dos divisiones ‘que al parecer se dirigen a la otra provincia, quizá éstos sean los delincuentes’. Procuraría la captura de ellos y en caso de verificarse, tenían orden de remitirlos a la Comisión especial”. LEVENE, R., *Historia del Derecho argentino*, T. VIII, ed. cit., p. 482 y ss. Levene luego reseña otros de los sujetos hacia los cuales dirigieron las sospechas las autoridades cordobesas.

35. Levene reseña una carta de Ibarra al Gobernador de Córdoba: “¿Y se podrá atribuir al solo deseo de robar, como manifiesta creerlo S. E.?, preguntaba Ibarra. ¿Será infundada la voz pública que predijo este acontecimiento? Y enseguida la contestación tajante: El Gobernador de Santiago del Estero no encuentra reparo en decir a S. E. que, antes de la salida del finado general de esta Capital, se supo que en la Provincia de Córdoba se le esperaba para asesinarlo, que la ejecución estaba encargada al llamado Santos Pérez, que antes se propuso a un comandante de Tulumba, quien por negarse a ello fue destituido y desterrado. Se negó a admitir la escolta con que el gobierno de Santiago quería custodiar su persona hasta la Provincia de Santa Fe porque creyó que en admitirla ofendía el honor del gobierno

de junio de 1835, en la cual les pedía que interrumpieran sus comunicaciones con el gobierno de Córdoba, para que los Reinafé abandonaran sus cargos y comparecieran para ser juzgados ante la autoridad encargada de las Relaciones Exteriores, pues ‘el delito de que se trata es indudablemente de *lesa Patria*, por su carácter y trascendencia, por el de la persona del Ilustre General D. Juan Facundo Quiroga, y la alta y sagrada investidura que traía de Representante de este Gobierno, para una negociación de Paz, y por consiguiente por la enorme ofensa que se ha hecho con él al honor y dignidad de toda la República y muy particularmente al de esta Provincia’.³⁶ Además, la nota fue publicada en *La Gaceta Mercantil* y en el *Diario de la Tarde*.³⁷

Finalmente, la mayoría de las provincias otorgó a Rosas la autorización que solicitaba para enjuiciar a los asesinos del Tigre de los Llanos.³⁸ Rosas, “en ejercicio de esta potestad, dictó el procedimiento a seguir. Un ‘letrado de notoria probidad y suficiencia’ (que sería el camarista Manuel Vicente Maza),³⁹ debía substanciar la causa con arreglo a derecho hasta ponerla en

de Córdoba. Todavía al terminar, dice Ibarra, anticipando el curso ulterior del proceso de Barranca Yaco: ‘Sean cuales fueren los sentimientos del Excmo. Gobierno de Córdoba sobre este triste suceso, el de Santiago cumple un deber en protestarle que trabajará con infatigable celo hasta descubrir el verdadero culpable y arrastrarle a un Tribunal nacional, cuyo fallo no será impotente’”. LEVENE, R., *Historia del derecho argentino*, T VIII, p. 485 y ss. La carta de Ibarra es de especial interés, pues expresa que la de Quiroga fue una “muerte anunciada”, conociéndose desde antes de su deceso quiénes habrían de matarlo. Según Levene, además, “Estanislao López no sólo no ha tenido participación alguna en ese hecho, sino que [hubo] interés del Gobierno de Santa Fe en que se hiciera la instrucción del proceso criminal”. Levene, *op. cit.*, p. 479. Luego presenta una serie de documentos que, a su entender, dan cuenta de la voluntad de López de que se haga justicia con los asesinos de Facundo y desmienten las versiones historiográficas que lo señalan como uno de los autores intelectuales del crimen, junto con su ministro Domingo Cullen.

36. ZORRAQUÍN BECÚ, R., *op. cit.*, p. 168.

37. ZORRAQUÍN BECÚ, R., *op. cit.*, p. 168.

38. ZORRAQUÍN BECÚ señala las autorizaciones concedidas y afirma que no son idénticas, pero que algunas señalan que se trataba de un crimen de “lesa patria”, y que Córdoba recibió autorización a Rosas cuando éste consiguió imponer al frente de esa provincia a Manuel López, y el proceso en Buenos Aires ya había comenzado. Zorraquín Becú, R., *op. cit.*, p. 168.

39. El mismo que estaba a cargo de la provincia de Buenos Aires cuando ocurrió el asesi-

estado de sentencia, y elevarla al gobierno con un extracto del proceso y su propio dictamen. Luego pasarían los autos al Asesor del Gobierno y separadamente a dos letrados más. De la sentencia podría interponerse recurso de súplica. Se preveía también el procedimiento a seguir en caso de recusación del Juez Comisionado.

El trámite establecido por este decreto era el que fijaban las leyes para las causas que se iniciaban en los tribunales superiores, en los cuales se fallaba el pleito en vista y revista por los mismos magistrados, provocándose la segunda instancia mediante el recurso de súplica o suplicación.⁴⁰ Pero la sentencia, en este caso, estaba a cargo del gobernador que detentaba la suma del poder público: Juan Manuel de Rosas.

Se desarrolló entonces el proceso en Buenos Aires, acumulándose las actuaciones de los que se habían iniciado en Córdoba.⁴¹ “En total los procesados fueron 63, incluyendo al prófugo Francisco Reinafé, a quienes participaron en la tentativa de diciembre de 1834 y a los encubridores que de una u otra manera habían procurado evitar el procesamiento o la detención de los acusados”.⁴² Pues bien, luego de más de un año y medio de sustanciación (y con súplica incluida), Rosas dictó la sentencia definitiva el 9 de octubre de 1837: condenó a pena de muerte a los hermanos Reinafé,⁴³ a José Santos Pérez, a los dos oficiales que los secundaron y a tres colaboradores, que debían ser sorteados entre ocho de ellos; los cinco que se salvaran, junto con otros veinticuatro “cómplices y encubridores”, debían cumplir la pena de presidio por un término que variaba entre los cuatro y los diez años; diez personas fueron condenados al destierro en calidad de presos y trece resul-

nato, pues era el Presidente de la Junta de Representantes.

40. ZORRAQUÍN BECÚ, R., *op. cit.*, p. 168 y ss., quien se remite a la obra de Ricardo Levene y recuerda que no se cumplió lo relativo al dictamen de los dos letrados además del Asesor.

41. “El primero, hecho durante la época de los Reinafé, no encontró mérito para encausar a Santos Pérez. El segundo, ordenado por el nuevo gobernador Manuel López, se hizo en noviembre de 1835 y en él consta la amplia confesión de aquel.” Zorraquín Becú, R., *op. cit.*, p. 169.

42. ZORRAQUÍN BECÚ, R., *op. cit.*, p. 169.

43. Los hermanos condenados a muerte eran cuatro. Sin embargo, uno de ellos falleció antes del dictado de la sentencia definitiva y otro siempre estuvo prófugo.

taron absueltos por estar exentos de culpa. Los condenados a muerte fueron ejecutados dos semanas después del fallo de Rosas.

V. ¿Cómo, para qué y para quién juzgar? Tensiones entre el secreto y la publicidad

Si bien Rosas se reservó para sí mismo el dictado de la sentencia definitiva y ella implicó la muerte para los principales acusados, no deja de sorprender que se hubiera desarrollado todo un proceso para llegar a ese desenlace. Hubo una preocupación por parte de Rosas de que el caso se resolviera de acuerdo a procedimientos *legales*. Se puso en funcionamiento toda una maquinaria judicial para llevar adelante una causa criminal de gran envergadura, pues tenía a sesenta y tres personas como acusadas y revestía una gran trascendencia política por la entidad de la víctima y de los principales acusados.

Rosas había retomado el poder a raíz del asesinato de Quiroga, prometiendo combatir a los “salvajes unitarios” y declarando en su discurso de asunción que “el remedio a estos males no puede sujetarse a formas y su aplicación debe ser pronta y expedita”. ¿Por qué entonces recurrió a un dilatado proceso para aplicar una sanción a los asesinos de Quiroga? ¿Por qué en una sociedad donde los crímenes políticos eran vengados con fusilamientos sin trámite, con ejecuciones directas, como derecho de los vencedores de turno, el gobernador catalogado como *tirano*, que concentra el poder público, recurre a una causa criminal para establecer culpables e inocentes?

Rosas, recordemos, contaba en su aparato de poder con la temida “Mazorca”. Se trataba de un grupo parapolicial, brazo armado de la Sociedad Popular Restauradora (como se sabe, Rosas era conocido como “El Restaurador de las leyes”), dueño de la vida y la muerte en la Buenos Aires de entonces.⁴⁴ Hasta los propios historiadores rosistas lo reconocen: “La vida y la hacienda de los ciudadanos dependió de una delación, de una orden policial o de un asalto de mazorqueros. [...] El degüello fue, durante el siglo pasado,

44. “La palabra *mazorca*, que significaba la espiga del maíz con sus granos muy juntos, simboliza la fuerza mediante la unión, pero en realidad se popularizó porque su pronunciación sonaba en forma similar a ‘más horca’”. LYNCH, John, *Juan Manuel de Rosas*, Buenos Aires, Emecé, 1984, p. 206. Citado por FEINMANN, J. P., *op. cit.*, p. 178.

para el soldado y el gaucho, el medio preferido de deshacerse de sus enemigos. Experimentaba una fruición feroz y voluptuosa al hundir la daga en la carne palpitante, sentir los estremecimientos de la víctima y ver borbotar la sangre tibia”.⁴⁵

¿Por qué entonces, quien cuenta con semejante poder, quien está al margen de todo tipo de control y ordena ejecuciones como un trámite,⁴⁶ quiso *juzgar* a los asesinos de Quiroga, sus cómplices y encubridores?⁴⁷

Está claro que el poder de algunos de los sospechosos del crimen –los Reinafé, recordemos, dominaban la provincia de Córdoba– hacía a la cuestión distinta a la de un opositor menor al régimen. Involucraba, además, relaciones políticas entre las provincias. Una acción meramente guerrera para reivindicar a Quiroga hubiera desatado, probablemente, varias batallas y más muertes.⁴⁸ El hecho de que el crimen inicialmente fuera investigado en Córdoba agregaba complejidad al asunto. Y la sospecha sobre la participación de Rosas en la planificación del asesinato tampoco puede pasarse por alto. En definitiva, no puede dudarse de que estamos frente a un caso especial. Sin embargo, esta respuesta parece insuficiente como para entender la mediatización judicial del apabullante poder rosista. Parece, en todo

45. IBARGUREN, *op. cit.*, p. 238. Citado por Feinmann, J. P., *op. cit.*, p. 179.

46. Dijo de él Sarmiento: “Falso, corazón helado, espíritu calculador, que hace el mal sin pasión y organiza lentamente el despotismo con toda la inteligencia de un Maquiavelo. Tirano sin rival hoy en la tierra...”. SARMIENTO, Domingo F., *Facundo*, Colihue, 1ª ed., Buenos Aires, 1998, p. 40. Sabemos que el sanjuanino no ha sido un cronista desinteresado del régimen rosista y que buena cantidad de crímenes carga su recuerdo, pero ello no desmiente las matanzas del Gaucho de los Cerrillos.

47. Debe tenerse presente, de todos modos que, como ya he reseñado, existía bajo el dominio rosista un aparato judicial desarrollado, que resolvía los conflictos interpersonales. Sin embargo, la Mazorca parece haber sido la respuesta punitiva reservada para los disidentes políticos.

48. El propio Rosas lo hizo explícito en una carta que le envió al gobernador de Tucumán, Alejandro Heredia, en búsqueda de apoyo para realizar el proceso y conseguir la renuncia de Reinafé a la gobernación de Córdoba. En esa carta, dice Rosas: “Ya nadie puede dudar que los unitarios han sido con sus intrigas los autores y los Reinafé de Córdoba los ejecutores del asesinato del infortunado señor General Quiroga y estamos tratando con el Señor López, Gobernador de Santa Fe, como hemos de librar la República de hombres tan funestos sin inferir perjuicios a la Provincia de Córdoba, los que serán inevitables si es necesario cargarlos con fuerza armada”. La carta está citada por LEVENE, *op. cit.*, p. 498.

caso, que Rosas aprovechó esta causa no sólo para demostrar su poder sino también para reforzarlo.

Pero no será posible realizar este análisis sin conocer en mayor profundidad las características del juicio y las circunstancias que lo rodearon. ¿Qué comunicación se dio del proceso desde el poder? ¿Cuál fue la recepción pública del hecho? ¿Se trató realmente de un juicio? Contestar estas preguntas y algunas otras nos permitirá un análisis menos arbitrario.

En primer lugar, la llamada “opinión pública”⁴⁹ aparece como un elemento de presión para la realización del juicio o, más bien, para vengar la muerte de uno de los caudillos federales más populares de su tiempo. Aparece, incluso, anticipando la muerte de Quiroga y dando un veredicto sobre sus autores: recordemos la carta de Ibarra del 7 de marzo de 1835.⁵⁰ Hasta el propio Facundo sabe, antes de partir, que en el viaje le espera la muerte. A tal punto que inicialmente la presión por la “justicia” se dirigió al mismo gobernador Reinafé. Así, Levene reseña una carta que le envió a Rosas, el gobernador de Tucumán, Alejandro Heredia, a dos semanas del crimen: “Pero téngase entendido’, decía sugestivamente, ‘que su memoria por los heroicos hechos ha dispensado a la Patria, quedará eternamente gravada en los corazones de los buenos y decididos patriotas y que le recuerdo de sus ilustres manes servirá de un activo y zeloso fiscal constantemente pondrá en tortura a los autores inmediatos de tan orrendo crimen y los que hayan cooperado con él, con su influxo o de cualquier otro modo’. A esta velada

49. Digo “*llamada* opinión pública” porque tal vez sería más apropiado referirnos a la *opinión publicada*... es bien difícil saber qué pensaba la sociedad en aquel entonces, por lo menos si integramos en ese concepto a los analfabetos, los esclavos y otros grupos socialmente marginados, en fin, a todos aquellos sectores que no tenían acceso a la prensa escrita: ni para su lectura ni para su publicación. Al respecto, Anitua explica que según Habermas, “mientras desde el punto de vista político el concepto de ‘opinión pública’ reflejará un espacio de discusión y crítica libre de la influencia del Estado, desde el punto de vista sociológico debe calificarse de ‘burguesa’ puesto que no representará al poder público pero tampoco al pueblo sino a aquel grupo social privilegiado” (ANITUA, G. I., *Justicia penal pública*, *op. cit.*, p. 114).

50. Ver nota al pie nro. 29. También el gobernador de Tucumán, Alejandro Heredia, reveló en una carta al propio gobernador Reinafé que las noticias de que Facundo sería atacado habían llegado hasta su provincia y que había intentado junto con Ibarra, infructuosamente, convencer a Facundo de que cambiara de ruta (LEVENE, R., *op. cit.*, p. 486).

amenaza siguió la aseveración de que en Tucumán y Santiago del Estero, la opinión pública se había pronunciado por los autores de ese escandaloso crimen y le pedían que dedicara las más activas y extraordinarias medidas para la captura de los asesinos y aplicar un castigo para la satisfacción ‘de la nación misma que se halla altamente ofendida’.⁵¹ Esta presión también explica, entonces, que inicialmente se haya iniciado una causa en Córdoba, aunque más no fuera para encontrar un *chivo expiatorio*. Sigamos nuevamente a Levene: “Las denuncias de Ibarra y Heredia ponían en descubierto, en primer término, que se trataba de un espantoso crimen político, y hería al Gobernador de Córdoba y más directamente al capitán José Santos Pérez, como autores o cómplices del hecho. Los comisionados consideraron de urgencia esclarecer la denuncia para satisfacer la vindicta pública. Se encomendó al Juez de Alzada poner preso al capitán José Santos Pérez, y una vez sometido a indagatoria, sin pérdida de momento debía remitirse a los comisionados. Se pedía, asimismo, al Juez de Alzada de Tulumba practicase las diligencias convenientes para informarse sobre la destitución o destierro de algún jefe u oficial de esos departamentos”.⁵²

En los diarios de la época se reflejan también las distintas versiones populares sobre quiénes eran los autores intelectuales del crimen. Como dijimos, inicialmente se difundió la idea de que el crimen había sido pergeñado por los hermanos Reinafé, conjuntamente con el gobernador de Santa Fe, Estanislao López, y su ministro Domingo Cullen, sobre la base de antiguas

51. LEVENE, R., *op. cit.*, p. 487.

52. Recordemos que Ibarra había dicho en una de sus cartas que el intento de ataque en el viaje de ida de Facundo se había frustrado porque el jefe policial de Tulumba, a quien los Reinafé habían encomendado el crimen, optó por no realizarlo. LEVENE, R., *op. cit.*, p. 487. Cárcano, en cambio, sostiene que quien se negó a realizar el asesinato fue Rafael Cabanillas, un joven empleado del ministro de Gobierno cordobés y militante de Reinafé (Cárcano, R. J., *op. cit.*, p. 37 y ss.). Por otro lado, Levene continúa narrando la construcción de los distintos *chivos expiatorios* y una carta del Gobernador delegado de Córdoba en respuesta a Ibarra donde le dice que los datos con que ha pretendido arrojar sombras sobre el Gobierno de Córdoba “están en paralelo con la ligereza que ha procedido y tan notoriamente falsos que sólo se deben creer inventados para hacerlos valer a la distancia”. Ibarra le respondió “nada tenía que vindicarse, pues un paso semejante hacía poco honor a su Provincia ‘habiendo ya pronunciado la opinión pública su irrevocable fallo”.

peleas entre estos y el Tigre de los Llanos.⁵³ López se defendió públicamente de esa acusación: en *La Gaceta Mercantil* se publicaron cartas intercambiadas entre él y Facundo donde se revelaba no sólo el restablecimiento de la relación sino también el deseo de éxito en su viaje del santafecino para con el riojano. El diario incluso “invitaba al público a ver la carta original de Quiroga a López y una copia testimoniada de la de López a Quiroga”.⁵⁴

Los reclamos de la opinión pública serán la excusa de Rosas para exigir para la provincia de Buenos Aires el derecho de juzgar el crimen. Así, en una carta que le envió al Gobernador de Mendoza, general Pedro Molina, solicitándole su acuerdo para tal juzgamiento, Rosas le remarcaba que López “está persuadido como yo lo estoy en que los ejecutores del asesinato del Señor Quiroga son los mismos que señala la opinión pública uniformemente por todas partes”.⁵⁵

Con la decisión de las provincias de autorizar a Buenos Aires la investigación y juzgamiento del crimen, el interés por el caso en la prensa y la gente no sólo se mantuvo vigente, sino que se incrementó. Dice Levene: “La entrada en la cárcel pública de Buenos Aires de los reos José Vicente, Guillermo, José Antonio Reinafé y Domingo Aguirre, el 1 de noviembre de 1835, fue un acontecimiento. *La Gaceta Mercantil* del día siguiente celebraba el hecho y

53. Según Levene, “la acusación se fundaba en distanciamientos en las relaciones de Quiroga y López –entre otros por la oposición de Quiroga en 1831 a la elección de Reinafé como gobernador de Córdoba, patrocinada por Estanislao López– y en el hecho de que Rosas se propuso dar al asesinato de Quiroga la mayor publicidad posible en tanto que el Gobernador de Santa Fe se manifestaba por el contrario interesado en que no avanzasen tales investigaciones”. LEVENE, R., *op. cit.*, p. 491. En CÁRCANO, R. J., *El General Quiroga*, puede encontrarse una transcripción de una carta de López a Rosas dando cuenta de las diferencias entre el primero y Quiroga en ocasión de la elección de Reinafé (*El General Quiroga*, Emecé, Buenos Aires, 1947, p. 16 y ss.).

54. LEVENE, R., *op. cit.*, p. 492.

55. Carta del 30 de mayo de 1835. También se destaca otra referencia a la opinión pública en otra carta de Rosas, en este caso a López, en la cual le decía que estaba de acuerdo con su teoría de que los unitarios fueron los promotores del asesinato, “pero jugando a la intriga y la tramoya en que son sobremanera diestros, de modo que los ejecutores y perpetradores del crimen hayan venido a ser los que señala el grito unísono de la opinión pública”, en referencia a los Reinafé. LEVENE, R., *op. cit.*, pp. 496-497.

exaltaba la satisfacción que sentía Rosas llamado a hacer justicia”.⁵⁶ Y con una prosa más distinguida, relata Sarmiento la llegada de Santos Pérez a Buenos Aires: “A su vista gritaba el populacho: ‘¡Muera Santos Pérez!’, y él, meneando desdeñosamente la cabeza y paseando sus miradas por aquella multitud, murmuraba tan sólo estas palabras: ‘¡Tuviera aquí mi cuchillo!’”. Al bajar del carro que lo conducía a la cárcel, gritó repetidas veces ‘¡Muera el tirano!’”.⁵⁷

Pero lamentablemente, carecemos de elementos para conocer precisamente qué sucedió con el humor social durante el desarrollo del proceso.⁵⁸ De todas formas, está claro que la sociedad ya había dado su veredicto. De hecho, lo había dado el propio Rosas, que era quien estaba a cargo de dictar

56. LEVENE, R., *op. cit.*, p. 504.

57. SARMIENTO, D. F., *op. cit.*, p. 195.

58. En la Biblioteca Nacional no hay publicaciones de periódicos de 1835 disponibles. De todos modos, en la *Gaceta Mercantil* del 8 de febrero de 1836 se publicó una crónica de la llegada de los restos mortuorios de Facundo a la Santa Iglesia de Nuestro Padre Seráfico San Francisco de Asís, tratándose de una celebración pública de gran trascendencia. Sin embargo, la crónica no hace referencias a la causa criminal, limitándose a finalizar diciendo “De este modo solemne han sido recibidos y honrados los restos mortuorios del Excmo. Sr. D. Juan Facundo Quiroga sacrificado por el furor despiadado de la inicua logia unitaria: héroe que por sus eminentes virtudes cívicas y heroicas proezas merece las sinceras demostraciones de la gratitud pública”. La ausencia de referencias a la causa penal posiblemente esté vinculada a su carácter “secreto”. Notas de este tipo, que no contienen referencias al proceso, pero recuerdan el asesinato de Quiroga y se lo adjudican a los unitarios y reclaman justicia, sí pueden encontrarse: *La Gaceta Mercantil* 22/02/1836, 15/10/1836, 31/10/1836, 01/12/1836, 13/12/1836 y 13/04/1837. La anteúltima nota recuerda el asesinato de Dorrego, pues era su aniversario, y a partir de ahí otros crímenes de los unitarios, incluyendo el de Quiroga, y termina con esta exaltación: “He aquí como ellos mismos, por sus crímenes reiterados, por su incorregible perversidad, se han constituido en el caso de no poder esperar más que el terrible y ejemplar castigo de las leyes. [...] La indulgencia con los feroces unitarios no sería otra cosa que sancionar la impunidad de los malvados, de los traidores, de los asesinos. Justicia es lo que reclaman los más preciosos derechos e intereses de la Confederación Argentina, justicia contra las logias unitarias, justicia que ha de afianzar el orden, las leyes y la prosperidad de los pueblos...”.

sentencia. El proceso fue escrito y se sustanció de acuerdo a un decreto dictado por el propio Rosas una vez que fue autorizado para el juzgamiento.⁵⁹

El juez comisionado, Dr. Manuel Vicente Maza, estuvo a cargo de recibir las declaraciones indagatorias, en muchas de las cuales hubo confesiones, y reunir todas las pruebas que considerara pertinentes, hasta dejar el sumario listo para el dictado de la sentencia, que quedaba a cargo del Restaurador.⁶⁰ Al cabo de 1844 fojas, los autos pasaron al fiscal Manuel Insiarte, quien formuló el dictamen acusatorio. Luego, los abogados defensores de los sesenta y tres procesados formularon sus descargos. El más destacado y esforzado de ellos, el Dr. Marcelo Gamboa –defensor de José Vicente y José Antonio Reinafé–, solicitó autorización al Gobierno para publicar su escrito.⁶¹ Como era de esperarse, no sólo su pedido fue rechazado sino que Rosas le ordenó: “1) Que hasta nueva resolución superior no debía salir a más distancia que veinte cuadras de la Plaza de la Victoria; 2) Que no ejercería la profesión de abogado ‘ni hacer escrito alguno de ninguna laya por más simple e inocente que sea’; 3) Que no debía usar la divisa federal; 4) Que por cualquier infracción de los artículos anteriores sería ‘paseado por las calles en un burro celeste y castigado además según el tamaño de la falta’; 5) Que si trataba de fugar del país, luego que fuera aprehendido sería inmediatamente fusilado”. Rosas, además, decía que “sólo un unitario tan desgraciado como bribón ha podido concebir la idea de la publicación aislada de la defensa de los feroces ejecutores de una mortandad sin ejemplo en

59. Decreto del 24 de noviembre de 1835, cuyas características principales ya he descrito. Puede encontrarse una transcripción del mismo en LEVENE, R., *op. cit.*, T XI, pp. 292-295.

60. Como ya adelanté, Maza había sido gobernador interino de la provincia de Buenos Aires, precisamente en el momento del asesinato de Facundo. Con el retorno de Rosas, pasó a ser miembro del Tribunal de Justicia. Lógicamente, era de férrea filiación rosista. Levene reproduce una carta que le envió a Rosas en plena sustanciación de la causa y en base a ella afirma, concienzudamente, que “nada hacía en el proceso el juez comisionado sin consultar con el Gobernador” (Levene, R., *op. cit.*, p. 506).

61. Siete letrados asumieron la difícil tarea de defender a estas personas. Indudablemente, quien formuló los planteos más profundos fue Gamboa. Puso su mayor empeño en demostrar que Buenos Aires carecía de competencia para juzgar el hecho, remarcando la ausencia de una ley constitucional que autorizara ese juzgamiento. Tanto Levene como, muy especialmente, Zorraquín Becú realizan una detallada reseña de sus planteos y de las respuestas que recibió por parte de Maza.

la historia del mundo civilizado; que sólo un hombre que haya renunciado a toda idea de religión, de honor y de respeto al gobierno y a la opinión pública y que, en consecuencia de su perversidad, no alimente sentimiento alguno de amor y respeto al honor nacional, ha podido dirigirse oficialmente al gobierno pidiéndole permiso para publicar una defensa semejante. [...] ‘Como si la justicia, como si la opinión pública tuviesen una sola oreja para oír y juzgar los delitos de los unitarios por las obras de defensa a su favor, como si en el país existiera la ley del embudo dándole lo ancho para ellos y lo angosto para los federales’. En pena ‘de su descarada insolencia’, dispuso que ‘en el acto soberrraye por su propia mano y uno por uno todos los renglones de la atrevida representación’”.⁶² Huelga hacer comentarios, entonces, sobre la publicidad del proceso.

Sin embargo, la prensa –absolutamente dependiente del poder rosista– no se mantuvo al margen del desarrollo del proceso. Así, merece la pena destacar que en *La Gaceta Mercantil* del 26 de febrero de 1836 se publicó,

62. LEVENE, R. *op. cit.*, T. VIII, p. 519. Así lo cuenta Cárcano: “El abogado de los Reinafé, doctor Marcelo Gamboa, respetable por la dignidad de su conducta y famoso por su ciencia, presenta su primer escrito. Al mismo tiempo, en pliego separado, solicita al Superior Gobierno, ‘se sirva concederle la venia necesaria para publicar por medio de imprenta la defensa en original adjunta’. La respetuosa solicitud significa aplicar un derecho innegable y un justo anhelo. Se trata de una causa pública. Gamboa empieza por insinuar tímidamente en su alegato que el supremo juez de las provincias confederadas ha prejuzgado sobre la culpabilidad de los Reinafé, en comunicaciones dirigidas a los gobernadores. El hecho no importa la desconfianza sobre un juez tan alto y tan justo, pero crea una situación de derecho que como abogado se halla en el deber de invocar. La observación exaspera a Rosas y desata todas sus violencias. No puede, sin embargo, castigar por este motivo. Atacaría la libertad de la defensa, cuyo respeto pregona con alarde. Pero él no sólo sabe penar el delito, sino también crearlo para escarmentar al delincuente. Redacta entonces él mismo un decreto espontáneo y suelto, y en páginas de su puño y letra desahoga su cólera. Inventa el crimen, injuria soezmente a Gamboa, le acumula penas, lo condena a pasear por las calles de Buenos Aires cabalgando en un ‘burro celeste’, y en el último caso a sufrir la muerte. La crueldad está mezclada con la burla, el vejamen con la risa, brota el sarcasmo como expresión de la suma del poder” (CÁRCANO, R. J., *op. cit.*, p. 70). Pero vale la pena destacar que en los diarios de la época pueden encontrarse publicaciones semejantes a la que quiso hacer Gamboa. Por ejemplo, el 29/12/1836, *LGM* publica un recurso del abogado de Nicolás Anchorena contra una sentencia que lo perjudicaba, en una causa por asuntos civiles. Claro que Anchorena era miembro de la Junta de Representantes y aliado político de Rosas.

en la sección “Documentos oficiales”, el “Extracto de cuanto se ha actuado en Córdoba, concerniente al esclarecimiento del asalto, saqueo y asesinados...” de Quiroga y su comitiva, que Manuel V. Maza elevó a Rosas el 15 de enero de ese mismo año. Se trata de un resumen detallado de la causa, donde se hace un relato pormenorizado de los hechos, que se respalda fundamentalmente en declaraciones testimoniales y diversas cartas y notas, y se asignan responsabilidades clasificadas en “autores del proyecto” (los cuatro hermanos Reinafé), “agentes de inmediata ejecución”; “agentes inmediatos” y “cómplices”. En fin, se trata de un auténtico auto de procesamiento, que hasta finaliza con la siguiente aclaración: “Es de advertir, que si en este estado del sumario presenta el aspecto que manifiesta el extracto, no debe entenderse por ello, que más adelante no pueda, bien ofrecer alguna variación, bien mejores luces sobre todo, así por los materiales que sucesivamente se reciben de Córdoba, como por lo que avance la prosecución de lo que se actúa”.⁶³

El día siguiente de dicha publicación, el mismo diario le dedica un editorial a la causa: tras señalar que “Hay ciertos crímenes que se producen raras veces en las sociedades, porque su misma enormidad y carácter feroz pugnan con ese sentimiento de humanidad que jamás se extingue totalmente aun en los corazones más criminales [...]. Tal sucede en el caso de la mortandad perpetrada en Barranca-Yaco el día 16 de febrero de 1835. Este crimen de sangre, este acto de una fría barbarie, es horrendo por su naturaleza y circunstancias. [...] Así es que luego de perpetrado en un día aciago para los argentinos, y apenas trascendió con una asombrosa rapidez su origen, naturaleza, circunstancias, autores y egecutores, se sintió también el

63. Vale la pena señalar que la publicación de extractos de sumarios de las causas criminales de trascendencia parece haber sido práctica habitual durante la época. En varios números de *La Gaceta Mercantil* de marzo de 1835 se publica un “Extracto del sumario levantado sobre la fuga de Federico Hornung cajero de la casa de comercio de Sebastián Lezica y hermanos, bancarota que ha hecho su Encargado Faustino Lezica, falsificación de firmas, que garantían las letras giradas sobre esta plaza, y ocultación de bienes por José Iturriaga”. El 25 de marzo de 1837, dos años después, se publica la sentencia y en el número siguiente se publican los fundamentos. Asimismo, también era habitual la publicación de un “Despacho de causas que ha tenido en el presente mes el Superior Tribunal de Justicia”, que consistía en un listado de causas, con indicación de sus partes y asuntos (ver *LGM* 02/12/1836, 04/04/1837, 01/06/1837).

pronunciamiento más enérgico y decisivo. Los Gobiernos alzaron su voz; los pueblos mostraron su indignación; todos unánimemente designaron a los despiadados verdugos y pidieron su castigo condigno, ejemplar, adecuado a un crimen inaudito. Nuestro Gobierno, particularmente ofendido, e interesado como el que más en que la justicia y el honor nacional no sufriesen mengua alguna, procedió con tino, decisión y energía. La voz tremenda, la voz omnipotente de la ley y de la opinión pública aterró a los feroces asesinos de Barranca-Yaco; y perseguidos en el territorio que habían escandalizado con su maldad sin igual, pesquizados en toda la extensión de las Provincias Confederadas cayeron sucesivamente bajo la acción de la justicia; se les aprisionó; se les designó Juez por los pueblos de la Confederación; se les formó causa; y la Ciudad de Buenos Ayres ha visto venir desde largas distancias a los infames malhechores y tener entrada en esta cárcel pública; mediante el decidido empeño de todos los Gobiernos Confederados para que tan feroz atentado sea castigado ejemplarmente por la justicia nacional. Después de esto y después de las disposiciones previas correspondientes, el proceso se ha iniciado y seguido con constancia. El importante extracto del que hemos publicado demuestra que, a pesa del cúmulo inmenso de autos, documentos y demás incidencias en el particular, la causa sigue con admirable celeridad, si se atiende a las grandes tareas que de suyo demanda. Todo comprueba el celo con que se ha procedido para hacer efectivo el esclarecimiento de los criminales; y dejar satisfecha la justicia y la vindicta pública, tanto más recomendable es esto cuanto que en la represión de los crímenes atroces es donde debe principalmente ejercerse todo el vigor de las leyes, todo el prestigio de los Gobiernos legales, y todo el celo de los magistrados; para que la solemnidad de los procedimientos judiciales y la proporción de la pena a tamaño atentado, produzcan un ejemplo saludable que sirva de antemular al desenfreno de los malvados y de preservativo de los principios fundamentales y conservadores de las sociedades políticas. Hoy vemos, pues, el resultado de la acción legal de los Gobiernos, desplegada a este respecto; y mediante el tiempo indispensable para la conclusión de los trámites que restan aún, veremos también a los asesinos de Barranca-Yaco sentir la pena correspondiente a su enorme maldad”.

El 28 de febrero, también hay una publicación de interés en *La Gaceta Mercantil*: en la sección “Documentos oficiales” se publica la “Lista de presos de Barranca-Yaco, y sus incidencias, que marchan”, que básicamente consiste en el nombre de los imputados, seguida de una breves oraciones

descriptivas de la acusación que pesa contra cada uno de ellos, remitida por Calixto María González, Oficial 1 de Relaciones con los Gobiernos Confederados a Rosas. Y nuevamente, al día siguiente, un editorial del diario analiza la noticia, luego de una feroz crítica a los unitarios: “Por los documentos oficiales que publicamos en el último número se viene en conocimiento de que han tenido entrada en esta Cárcel pública diez y ocho reos remitidos por el Exmo. Gobierno de Córdoba, por los motivos que en aquellos se espresan. La justicia sigue pues ejecutando su deber; y oportunamente pronunciará su fallo, presentando un ejemplar, saludable y tanto más solemne cuanto mayor ha sido el empeño eficaz de los Gobiernos y de los pueblos de la Confederación para que los asesinos de Barranca-Yaco sientan la pena de las Leyes, después de haber sufrido la de la opinión pública” (1 de marzo de 1835).

No volverá a haber noticias en la prensa relacionadas con el desarrollo el proceso hasta el 14 de abril de 1837, cuando se informa que la causa fue elevada a Rosas para el dictado de la sentencia: “Nos es satisfactorio anunciar al público que ayer a las cuatro de la tarde el Sr. Presidente de la Exma. Cámara de Justicia Dr. D. Manuel V. de Maza ha elevado al Superior Gobierno por el órgano del Sr. Ministro de Relaciones Exteriores substanciada y despachada por su parte la causa seguida a los reos de Barranca-Yaco por el asesinato perpetrado en la persona del ilustre campeón de la Federación el Exmo. Sr. General D. Juan Facundo Quiroga, su Secretario Dr. D. José Santos Ortiz y comitiva. El sumario contiene mil ochocientos cuarenta y cuatro fojas y el extracto formado por dicho Sr. Presidente Juez Especial, con las observaciones que hace y dictamen que eleva se compone de doscientas cincuenta y siete fojas. Es de la mayor consideración e importancia este servicio que ha rendido a su Patria el recomendable Magistrado ciudadano Dr. D. Manuel Vicente de Maza; aplicando a él con empeñoso celo y el más asiduo trabajo sus luces y acreditada capacidad, en medio de tantos otros asuntos que han reclamado su atención y desvelos, anexos a la Magistratura los unos y los otros a diferentes objetos del servicio público encomendados especialmente por S. E. Nuestro Ilustre Restaurador de las Leyes. Esta es una nueva recomendable muestra de patriotismo que agrega el Sr. Dr. Maza a las muchas y honrosas y relevantes que ha dado desde su juventud en la dilatada serie de los importantes servicios que consagrado a la causa pública y con especialidad a la Federación Argentina”.

La causa reaparecerá en la prensa apenas tres días después del dictado de la primera sentencia de Rosas (que fue el 27 de mayo de 1837). Se infor-

ma a la población del fallo del Gobernador, pero sorprendentemente no se publica su breve sentencia, sino que se inicia la nota con la reproducción del dictamen del juez instructor, el Dr. Maza, para recién publicar la sentencia de Rosas luego de su conclusión. La nota editorial que informaba del acontecimiento decía así: “Tenemos la satisfacción de empezar a publicar hoy en nuestro diario *la causa criminal seguida contra los autores y cómplices de los asesinatos perpetrados en Barranca-Yaco*. El Gobierno ha sentenciado ya a los reos el 27 del corriente y estos han sido notificados el mismo día en la debida forma: concediéndoles los diez días para entablar el recurso de súplica según el superior decreto de 25 de Noviembre de 1835...”.

La nota continúa relatando las penas impuestas a cada uno de los reos, así como de las absoluciones, y finaliza así: “He aquí, pues, el resultado de esta causa que tanto ha llamado la atención pública y empeñado el celo del Gobierno y de los respetables ciudadanos que han ejercido en ella sus deberes públicos de un modo tan digno. Rebozamos en satisfacción al anunciarlo al público, no porque nos complazca la triste suerte de los miserables condenados; sino porque el honor de la Confederación, de sus Gobiernos todos, de la justicia santa y de la opinión pública en ambos hemisferios ha obtenido la más completa y satisfactoria vindicta. El crimen humillado; confundido y castigado por la Ley y ante la Ley atestigua elocuentemente el imperio de la justicia y de la razón en nuestra querida tierra. Si el espíritu infernal que ha guiado el puñal de Fieschi, de Alibeau y de otros malvados, y que ha producido recientemente tantas escenas cruentas y espantosas en la Europa, osó consternar la Confederación Argentina por el furor frenético de las logias unitarias, de que han sido viles instrumentos los Reynafés, también la justicia nacional tronando desde el augusto recinto de las Leyes ha llenado con dignidad uno de sus más nobles cuanto saludables deberes. El Gobierno y los Magistrados que han conocido de esta causa funestamente célebre pueden reposar satisfechos en la obra de su justicia y sabiduría. La igualdad ante la Ley no ha visto en los antes encumbrados Reynafés sino los reos de Barranca-Yaco; y las influencias todas han permanecido silenciosas ante el imperio irresistible de la justicia legal. Contemplan pues las feroces logias unitarias el pavoroso resultado de sus tenebrosas e inicuas maquinaciones: y sepan, si aun el escarmiento puede tener cabida en ellas, que la impunidad del crimen ha desaparecido de esta tierra para dejar expedita la inflexible acción de las Leyes y la justicia nacional”.

Comienza entonces a publicarse diariamente el informe de Maza, bajo el título “Historia y extracto de la causa criminal de Barranca-Yaco, territorio de Córdoba” (*sic*), que contiene una síntesis de la acusación fiscal y de los planteos de las defensas, así como continuas citas del expediente. Desde el 1 de junio de 1837, aparece en todos los ejemplares de La Gaceta Mercantil durante dos semanas, siempre en primera página, con caracteres destacados.⁶⁴ El 14 de junio finalizó la publicación de la “historia y extracto de la causa...” y continúa con la “Calificación del crimen, sus autores y sus cómplices” y las observaciones y el dictamen del Juez Comisionado.

El 19 de junio de 1837, mientras continuaba publicándose el extracto de Maza, aparece un extenso editorial a propósito de la causa. Allí, entre otras cosas, se remarca que: “Sería preciso haber olvidado el instinto del buen sentido común o tener embotado el espíritu de investigación para no dar con el verdadero origen del crimen de Barranca-Yaco. Los hechos, circunstancia e incidentes forman una cadena luminosa que nos lleva hasta el tenebroso retrete en que la logia unitaria eligió y designó a los Reinafés para viles instrumentos de su sangrienta ferocidad. Hoy esta causa célebre está pasante a todo el Mundo; y podemos usar el derecho de manifestar nuestras opiniones.

No es nuestro ánimo penetrar en ese conjunto luminoso de pruebas que convence y persuade de que los Reinafés, Santos Pérez y demás cómplices en ese bárbaro asesinato lo ejecutaron con ferocidad y alevosía. El Gobierno y los Magistrados que han conocido de esta causa célebre han llenado a este respecto sus deberes con una justicia, dignidad y sabiduría que harán honor eterno a la Confederación Argentina en unos tiempos calamitosos en que el Mundo Político sacudido por crímenes horribles en muchas

64. No es un dato para pasar por alto que *La Gaceta Mercantil* era un diario de cuatro páginas: portada, dos páginas interiores y contratapa. Sus secciones habituales eran: Documentos Oficiales, donde se reproducían íntegros documentos públicos, como resoluciones de la Legislatura, de Rosas o de jueces, Revistas extranjeras, donde se informaba de lo que acontecía en el mundo a partir de publicaciones foráneas, Correspondencia, que era una sección menos habitual, donde se reproducían las cartas que intercambiaba Rosas con otros caudillos, Misceláneas; una sección de avisos policía y diversos anuncios socio-culturales, y, no siempre, una nota de tipo editorial donde se comentaban los hechos políticos más trascendentes. La publicación de la causa contra los asesinos de Quiroga vino a ocupar, entonces, un tercio del diario por un mes, ubicándose siempre en la portada.

sociedades aventajadas ha ofrecido sangrientas escenas que conmueven al hombre más impasible y en que o la impunidad o el escarnio de las Leyes, de la Religión y de la moral ha dado al crimen una especie de triste celebridad o de fama póstuma. Nuestro objeto al trazar estas líneas es marchar con los hechos, con la opinión pública, con nuestra conciencia hasta señalar los autores instigadores de la bárbara mortandad de Barranca-Yaco. Los unitarios, los feroces legistas unitarios: ved ahí los hombres que, poniendo en juego el odio y las pasiones viles de los Reinafés, prepararon con una alevosía inaudita el asesinato del héroe a quien no habían podido mirar en rostro sin temor en los campos de batalla. La opinión pública al señalarlos como principales aunque *solapados* autores de este crimen feroz, no se engañó porque la ilustraban hechos luminosos, antecedentes irrecusables, circunstancias e incidentes del todo convincentes...”.

El 4 de julio finaliza la publicación del dictamen de Maza. El día siguiente comienza la publicación del dictamen del Asesor General Lahitte, que finaliza el 12 de julio. Ese mismo día se publica también la breve sentencia dictada por Rosas, que sorprendentemente aparece en la página interior del diario. Es decir que, durante un mes y medio, una de las cuatro páginas del periódico porteño fue destinada a publicar los dictámenes de Maza y Lahitte, finalizando con la sentencia de Rosas, que aún estaba pendiente de ratificación.

Pero no desaparecen allí las referencias públicas a este juicio. El 21 de julio de 1837, se publica una carta del Gobernador de La Rioja, Juan Antonio Carmona, enviada a Rosas casi un año antes (el 12 de septiembre de 1836): “La Provincia de La Rioja y sus autoridades gratas a los bienes y distinciones con que siempre les honró la benemérita persona del Sr. Gobernador y Capitán General Brigadier D. Juan Manuel de Rosas, en general por toda la República en la Santa Causa de la Federación que hoy hace el goce de las libertades de todos los pueblos confederados, por cuya cooperación tan distinguida, es justamente acreedor a nuestros inmortales recuerdos; y particularmente por la que ha manifestado a favor de nuestra provincia en parte tan activa como honrosa que ha tomado en la vindicación de la muerte de nuestro Gefe y General Brigadier D. Juan Facundo Quiroga. Tan altas consideraciones han resuelto a este Gobierno a adoptar el medio de legar su memoria a la posteridad cual indicará el expediente y moneda que tiene el honor de presentar por mano su enviado Coronel D. Juan Antonio Maurin.

El Brigadier General de esta Provincia es el autor privativo de este documento como aparece de los que en copia autorizada se acompañan. Los habitantes de la Provincia esperan por momentos ver en la circulación al vengador de la muerte de su Ilustre Gefe, y los ciudadanos del pueblo se agolpan a grupos a la casa de monedación a conocer al héroe que por tantos títulos es acreedor a su eterna gratitud. El Gobierno de la Provincia se honra de hacer tan pequeña demostración con aclamación tan general, seguro de que su importancia será la de la aceptación de V.E. Dios guarde a S.E. muchos años. Juan Antonio Carmona. Valentín Aramburú”.

Junto a esa carta se publica la respuesta de Rosas, del 16 de noviembre de 1836, en la cual, luego de acusar recibo de la anterior, dice que el anuncio lo sorprendió, pues jamás esperó un reconocimiento semejante, pues afirma que “todo lo que ha rendido a la República en general y a La Rioja en particular, no ha hecho más que llenar fielmente los deberes de su posición conforme a los votos de todo buen Argentino, y muy especialmente de la Provincia que tiene el honor de presidir”, para terminar pidiéndole que “tengan a bien modificar su soberana sanción, restableciendo en el tipo de la espresada moneda los símbolos de la Unión y Libertad, poniendo a su reverso el gran sello de la Provincia con los trofeos militares...”. Y a continuación, una serie de cartas en las cuales el gobierno de La Rioja insiste con el “homenaje” y Rosas con su humildad.

La siguiente referencia al proceso no es otra que la publicación de la sentencia definitiva de Rosas, el 24 de octubre de 1837 (dos semanas después de su dictado). Apareció en la primera página interior del diario, bajo el título “Sentencia” resaltado. La fecha de la publicación no es menor: las ejecuciones debían practicarse el día siguiente, a las once de la mañana. La noticia, entonces, aparece como aviso de la ejecución que tendría lugar al día siguiente, promoviendo así la asistencia del público. También se publicaba el resultado del sorteo entre los cómplices que serían ejecutados.

La publicación, por su puesto, fue acompañada de una nota editorial:

“Al fin ha terminado la causa criminal de triste celebridad seguida contra los autores, ejecutores y cómplices de la horrenda mortandad cometida en Barranca-Yaco, territorio de Córdoba, el 16 de Febrero de 1835, en la persona del Enviado de Buenos Aires, Ilustre Brigadier de la Nación, D. Juan Facundo Quiroga, su Secretario Coronel Mayor D. José Santos Ortiz y demás individuos de su comitiva, de regreso de una misión de paz cerca de las provincias hermanas de Tucumán y Salta; y hoy se halla levantada ya

la cuchilla de la ley próxima a descargarse sobre las cabezas de los inicuos asesinos.

La historia de este negro atentado si bien forma una de las páginas más lúgubres de los anales del país, también sirve para ostentar de un modo luminoso la incorruptible justicia de los Gobiernos y pueblos de la Confederación Argentina, y de los empeñosos esfuerzos con que han propendido a la completa vindicta de la humanidad y de las leyes atrocemente ultrajadas. La serie de acontecimientos que se sucedieron a la perpetración de aquel nefando crimen, son el encomio más elocuente de la inflexible perseverancia con que los esclarecidos Gefes de las Provincias Confederadas se encaminaron hacia su noble objeto, desbaratando las multiformes intrigas de la execrable facción unitaria y superando con enérgica resolución todos los demás obstáculos con que tuvieron que luchar, hasta arrastrar a los presuntos reos ante el augusto tribunal constituido por el voto nacional.

El Gobierno de Buenos Aires, a quien fue encomendado el alto encargo de satisfacer las exigencias de la justicia, se contrajo al desempeño de su honrosa misión con todo el acierto y prudencia que caracterizan su marcha; manifestando desde luego en el decreto que expidió arreglando los procedimientos en la secuela de la causa, que al paso que cuidaría escrupulosamente que no fuesen defraudados los derechos de la vindicta pública, no sufriría que fuesen menoscabados los de la defensa. El voluminoso proceso acredita suficientemente con cuanta religiosidad sostuvo su propósito, y con cuanto empeño y exactitud fue segundado por el venerable Juez Comisionado y los demás funcionarios públicos que tuvieron en él una intervención oficial. Nada se omitió que pudiese conducir al esclarecimiento de los hechos; nada se desatendió de cuanto pudieran alegar en su favor los acusados; y el resultado ha sido la solemne ratificación de la sentencia que ya desde un principio había fulminado la opinión pública. Al pronunciar el terrible fallo, el Gobierno ha cedido a los impulsos de la clemencia de la Confederación hasta donde era compatible el ejercicio de ella con las reclamaciones de la más rigurosa justicia.

Ya están en capilla los sentenciados a muerte, miserables víctimas de las pérfidas sugerencias unitarias, y mañana deben expiar en el cadalso su espantoso crimen... ¡Unitarios, contemplad vuestra miseria!”.

El día siguiente a la ejecución, el 27 de octubre, aparece esta breve nota editorial:

“La vindicta pública está satisfecha. Los asesinos de Barranca-Yaco, condenados a la pena capital y que se hallaban presentes en la cárcel pública, han sufrido ayer el condigno castigo, en los términos de la última sentencia definitiva pronunciada por el Gobierno de Buenos Aires especialmente autorizado al efecto por los de la Confederación. Las tropas de la guarnición y un inmenso pueblo, han hecho con su asistencia, más solemne este acto imponente de justicia nacional.

Así han perecido en el patíbulo unos hombres a quienes el roce contaminado de los perversos unitarios familiarizó con la idea del crimen; y abrió sus pechos a las ponzoñosas inspiraciones que al fin los hicieron caer en la red que habían tendido a su debilidad y rudeza esos asesinos del orden social. Miserables!!”.

El 31 de octubre aparecerá otra nota editorial, esta vez un poco más extensa:

“El Gobierno de Buenos Aires, después de unos procedimientos que le hacen honor al eterno, ha dejado cumplidas ante la Confederación Argentina, y ante el mundo civilizado, las altas exigencias de la justicia y del honor nacional, haciendo sufrir a los feroces asesinos del Exmo. Sr. General D. Juan Facundo Quiroga y demás víctimas de Barranca-Yaco, la pena que por las Leyes correspondía a tan enorme maldad. Este resultado en todos respectos importante debido a los principios de inflexible justicia que caracterizan a los Gobiernos todos de la Confederación, a la firmeza del de Buenos Aires encargado por preciosos derechos de la sociedad con el castigo ejemplar de un crimen tan espantoso y al celo de los magistrados que han intervenido oficialmente es esta causa de triste celebridad, viene a ser un testimonio intergiversable en honor del país en general. Las leyes, la justicia, el honor nacional, la humanidad misma se interesaban en que les diera este solemne desagravio. La consolidación misma del orden social y político de la Confederación demandaba imperiosamente esta lección terrible para que contemplen en ella los feroces unitarios instigadores de tan horrenda mortandad, su baldón, su miseria, y el fin triste que tendrán siempre sus tramas inicuas...”.

El 23 de noviembre comenzó la publicación de la vista del Fiscal sobre el recurso de súplica. El 24, su continuación y el dictamen del Asesor General. El 28 de noviembre comienzan a publicarse los “Escritos de Suplicación” presentados por los abogados defensores. Finalmente, el 5 de diciembre se vuelve a publicar la sentencia definitiva de Rosas. El 7 de diciembre se publica el acta del sorteo de las ejecuciones. Finalizan así las publicaciones sobre el caso en *La Gaceta Mercantil*.

Vemos entonces que si bien se trató de un procedimiento escrito y no hubieron audiencias que permitieran la asistencia de público, se utilizó decididamente a la prensa no sólo para comunicar las responsabilidades asignadas y las penas impuestas, sino también para difundir con detalle todo el desarrollo de la investigación, durante y al finalizar su tramitación. Asimismo, se dispuso de la editorialización para entregar a los lectores una determinada decodificación del mensaje del juicio. No se trata de un hecho menor: si bien el surgimiento de la prensa porteña también es un acontecimiento pos Mayo, la preocupación por otorgarles visos públicos de *legalidad* a la imposición del castigo no parece un elemento heredado del período hispánico.

Recapitulando, está claro que estamos frente a un procedimiento de neto corte inquisitivo. Sin embargo, parece haber una serie de rupturas con los procesos penales propios de la Inquisición en la América hispánica. Hay tres elementos que no se pueden pasar por alto: la presencia de los abogados defensores (y el reconocimiento, aunque sea declamativo, del derecho de defensa), la ausencia de la tortura y la difusión pública de la investigación. En cuanto a los primeros, si bien no puede decirse que tuvieran libertad para ejercer su tarea,⁶⁵ al menos algunos de ellos pueden haber tenido incidencia: trece de los procesados resultaron absueltos.⁶⁶ Y en cuanto a la tortura, si

65. Por lo menos no con los parámetros actuales, claro está.

66. ZORRAQUÍN BECÚ, no sabemos con qué parámetro, afirma que “el proceso a los asesinos de Quiroga se desarrolló, al menos formalmente, de acuerdo con las normas establecidas y dando amplias facilidades para la defensa. Los abogados pudieron oponer, y en efecto lo hicieron, todos los argumentos que consideraron oportunos, y aun llegaron, como en el caso de Gamboa, a una imprudente extralimitación que por cierto fue duramente sancionada” (ZORRAQUÍN BECÚ, R., *op. cit.*, p. 197). En un sentido similar se expresa Levene: “Se había seguido [...] un procedimiento irregular, dado el triple carácter de Rosas de acusador, juez extraordinario y legislador, pero no se privó a los reos de ser oídos no obstante

bien es cierto que hoy sería difícil encontrar evidencias de su producción, lo cierto es que ni los abogados defensores ni los historiadores las han denunciado, así que no tenemos por qué pensar que las hubo. Asimismo, no todos los imputados confesaron, lo cual también puede ser una pauta de la ausencia de tormentos. En esta línea, también hay que recordar la tradición política inaugurada con las llamadas “leyes intermedias”, de inspiración iluminista, dictadas entre 1810 y 1819, a pesar de que sea dudoso su impacto concreto.⁶⁷ Por último, la publicación en la prensa adicta al poder de extractos del sumario también constituye un elemento diferenciador de la mera comunicación de la pena por medio de una ejecución pública.

El contraste entre el procedimiento elegido por Rosas y la divulgación pública del mismo con el propio del sistema inquisitivo queda en evidencia con la descripción que de este último hace Maier, quien señala que merece remarcarse de dicho proceso: “El *secreto absoluto de las actuaciones*, que comprendía, incluso, el nombre de los denunciantes y de los testigos de cargo, y hasta la misma sentencia, razón por la cual el imputado absuelto seguía preso si no pedía su libertad –y de oficio no se disponía– y acababa su vida en la prisión, porque el secreto comprendía al público que, prácticamente, sólo constataba la desaparición de un vecino.

La *obligatoriedad de la denuncia o de la delación*, aun entre parientes próximos, con el fin de adquirir información a todo trance y tornar punible hasta el silencio.

su número tan considerable que demoraban el curso de la causa y el reclamo de la opinión por su pronta terminación. Tampoco se había privado a los procesados de los medios legales de defensa, aunque se atacó la personalidad del Dr. Marcelo Gamboa...” (LEVENE, R., *op. cit.*, T. VIII, p. 536). Cárcano tiene una mirada menos ingenua: “Rosas procura satisfacer la expectativa y el sentimiento públicos, Asegura aparentemente al proceso de Barranca-Yaco todas las garantías legales y externas. Estrictamente se observan las leyes en la secuela del famoso juicio. Se acumulan tranquilamente las pruebas, se respetan los términos, se admiten los recursos legítimos, la defensa obra libremente, sólo contenida por su propia discreción. Pero, con todo, la sentencia está pronunciada por el supremo juez antes de instaurarse la causa. Es un juez inicuo, pero siquiera es responsable” (CÁRCANO, R. J., *op. cit.*, p. 69). Por otro lado, para quien esté interesado en un fácil acceso, tanto la primera sentencia como la definitiva, ambas dictadas por Rosas, están reproducidas por Levene (*op. cit.*, T. XI, pp. 305-315).

67. Ver una breve enumeración y reseña en el punto II de este trabajo.

El *interrogatorio del imputado bajo juramento y tortura*, sin que existieran privilegios personales que eximieran de la aplicación del tormento”.⁶⁸

Evidentemente este juicio ocurrió en un momento muy particular, en una etapa de lenta transición entre dos eras. Lo vemos reflejado también en las penas impuestas: diez personas fueron condenadas a muerte;⁶⁹ veintinueve a prisión por entre cuatro y diez años; y otros diez a destierro. Como se sabe, la pena capital fue la pena por excelencia durante la Inquisición, en tanto que la prisión como pena surge con el capitalismo. Incluso, no todas las ejecuciones habrían sido públicas.

Los condenados a muerte fueron ejecutados exactamente dos semanas después del fallo de Rosas. La sentencia ordenaba que la ejecución de los Reinafé y de Santos Pérez debía realizarse en la Plaza de la Victoria, ubicada en centro de la Ciudad, frente al Cabildo y la Catedral,⁷⁰ “debiendo ensegui-

68. MAIER, J. B. J., *op. cit.*, p. 302.

69. Como ya dije, los condenados a muerte fueron los hermanos Reinafé, Santos Pérez, dos oficiales que lo secundaban y otros tres “ejecutores y cooperadores” que fueron sorteados entre ocho. Al respecto del sorteo, la sentencia definitiva de Rosas ordena: “Pásen-se los autos al Camarista Juez Comisionado, a quien se ordena, que haciendo comparecer ante sí los Defensores de los ocho reos que deben ser sorteados, estando también presentes el Fiscal del Estado, y el Escribano de la causa, introduzca este dentro de un cántaro ocho cédulas de la misma extensión e igualmente dobladas, de las que cinco llevarán la siguiente inscripción “*Salvó la vida por la clemencia discreta de la Confederación*”, y las tres restantes “*Sufrirá la pena de muerte que le impone la ley*”. Las expresadas ocho cédulas, antes de ser dobladas y colocadas en el cántaro prevenido, serán manifestadas por el Escribano Fiscal público, y a los Defensores de los reos; extendiéndose de esta diligencia, y de haberse hecho de común conformidad la correspondiente acta, que firmarán el Camarista Juez Comisionado, el Fiscal y Defensores, y autorizará el Escribano de la causa. Verificado esto, y acto continuo, el dicho Escribano, contadas una por una las ocho cédulas, las introducirá en el cántaro, y el ejecutor de la justicia sacará una por una dichas cédulas, anunciándose antes de cada acto, por el Escribano en alta voz, el nombre del reo a que haya de corresponder la cédula que va a sacarse...”.

70. La Plaza de la Victoria se encontraba por aquel entonces donde hoy está la Plaza de Mayo. Esta resultó de la unión, a fines del siglo XIX, de la Plaza de la Victoria y la Plaza 25 de Mayo, que estaba frente a lo que hoy es la Casa Rosada y, a la época de las ejecuciones, el Fuerte. La Plaza de la Victoria era lugar habitual de ejecuciones públicas. Puede consultarse un relato de algunas de las principales ejecuciones que allí tuvieron lugar en el siglo XIX, incluyendo la de los Reinafé y Santos Pérez, en LAFUENTE MACHAIN, R., *La Plaza*

da de la ejecución suspenderse sus cadáveres por seis horas, en la misma plaza”, en tanto que el resto de los condenados a muerte debían ser ejecutados en la Plaza de Marte, sin especificarse nada en cuanto a la exposición pública de los cuerpos.⁷¹ Sarmiento, en su célebre *Facundo*; resume así el espectáculo: “El Gobierno de Buenos Aires dio un aparato solemne a la ejecución de los asesinos de Juan Facundo Quiroga; la galera ensangrentada y acribillada de balazos estuvo largo tiempo expuesta al examen del pueblo, y el retrato de Quiroga, como la vista del patíbulo y de los ajusticiados, fueron litografiados y distribuidos por millares, como también extractos del proceso, que se dio a la luz en un volumen en folio”.⁷²

Como cuenta Sarmiento, el *Gaucha de los Cerrillos* hizo imprimir la causa –gracias a lo cual hoy se encuentra accesible fácilmente en varias bibliotecas públicas–⁷³ y remitió copias a los gobernadores que lo habían autorizado a realizar el juicio, así como hizo publicar la sentencia en los diarios y dispuso de carteles públicos para difundirla. El envío de las copias iba acompañado de una circular emitida por Rosas, donde este decía: “[...] Después que los Pueblos y los Gobiernos de la Confederación sintieron la necesidad de poner bajo el imperio de la ley a los perpetradores de un atentado que cubrió de luto a la República, y comprometió su orden interior, su propio honor y crédito, el infrascripto, a quien delegaron uniformemente todos los Gobiernos Confederados la honrosa atribución de juzgar a los que resultasen criminales por aquella causa, no ha perdido un solo instante en dejar satisfecha su misión de un modo que correspondiese a la alta confianza que se le había hecho, y a la expectación pública pendiente del desagravio de la justicia.

trágica, Cuadernos de Buenos Aires XVII, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Secretaría de Cultura, Buenos Aires, segunda edición, 1973.

71. Mabel Pagano, en una novela histórica sobre el caso, sostiene que estas ejecuciones no eran públicas y que sólo podían asistir quienes se salvaran de la ejecución por sorteo (cfr. PAGANO, M., *Lorenza Reynafé o Quiroga, la barranca de la tragedia*, Ediciones del Boulevard, Córdoba, 2004, p. 219). Por mi parte, no he encontrado referencia cierta sobre tal carácter de la ejecución.

72. SARMIENTO, D. F., *op. cit.*, p. 195. El párrafo de Sarmiento finaliza con una velada acusación a Rosas: “La Historia imparcial espera todavía datos y revelaciones para señalar con su dedo al instigador de los asesinos”.

73. Ver cita n. 3.

Pero una causa que por su misma naturaleza y circunstancias exigía ser llevada con pulso, que debía seguirse con entera sujeción al orden jurídico, para que los mismos reos pudiesen ser oídos y defendidos, y que necesitaba una larga actuación por el número considerable de reos sujetos al juicio, y por otras razones que son fáciles de concebirse debía naturalmente resentirse de larga demora en su curso.

Al fin ella ha llegado a su término con el completo esclarecimiento de la verdad, y los Pueblos de la Confederación Argentina tendrán esta vez un nuevo motivo de gloriarse, respecto a la prudencia y acierto en sus juicios, cuando apenas fueron sabedores que aquella sangrienta escena, guiados por ese impulso secreto que dirige el criterio de los pueblos, señalaron los agentes principales de aquella catástrofe lamentable.

El extracto de esta célebre causa, y demás piezas principales de ella, que el infrascripto acompaña a S.E. en el libro adjunto, le instruirán de lo que se ha obrado en la materia, y del resultado final del proceso que se ha terminado por una sentencia arreglada a las leyes que ha satisfecho la justicia pública y borrado las impresiones profundas que había grabado en el corazón de los buenos Argentinos el horrendo crimen de Barranca-Yaco...”.⁷⁴

La circular revela, una vez más, el uso de la opinión pública como justificación de la necesidad del juzgamiento y también la necesidad de que este se realizara “con entera sujeción al orden jurídico”. Rosas hace explícito que debía permitirse a todos los procesados ejercer su defensa y que por eso se ha demorado tanto la resolución de la causa.

Sarmiento también daba cuenta de que una litografía de la ejecución había sido “distribuida por millares”. En efecto, en *La Gaceta Mercantil*,

74. Circular de Rosas del 27 de octubre de 1837 a los Gobernadores de las Provincias Confederadas, reproducida en LEVENE, R., *op. cit.*, T. XI, pp. 316-318. También Levene reproduce una carta de Rosas al gobernador riojano, Tomás Brizuela, luego del dictado de la primera sentencia, en la cual decía: “Esto también aumenta la dignidad, crédito y respeto de la Confederación. [...] Sé que los extranjeros, agrega, están admirados. Tienen razón, porque ven que hemos hecho en nuestra Confederación lo que los potentados de Europa no han podido hacer en casos parecidos”. Y también hay una respuesta de Ibarra a Rosas, acusando recibo del ejemplar de la causa: “Todo en él es digno de admiración y los pueblos verán que ha correspondido Ud. superadamente a la confianza que depositaron en su respetable persona para ejercer las augustas funciones de la Justicia Nacional” (LEVENE, R., *op. cit.*, T. VIII, p. 536).

entre el 3 y el 17 de noviembre de 1837, pudo leerse este aviso, usualmente en la portada del diario:

“Ejecución. La vista de la ejecución de Vicente y Guillermo Reynafé y de Santos Pérez, principales autores del asesinato cometido en la persona del Sr. General D. Juan Facundo Quiroga y su comitiva, ha salido y se vende desde hoy, sea iluminado, sea de negro, en la rienda de la Litografía del Estado e imprenta del Comercio calle de la Catedral núm. 17”.⁷⁵

Recapitulando, tanto la difusión dada al proceso, que durante su desarrollo fue secreto, como las penas impuestas, reflejan la mezcla de rituales que significó este juzgamiento. Así explica Tedesco las transformaciones del ritual penal: “El procedimiento inquisitivo que predominó a partir de 1215 en el continente europeo estableció que el ritual debía concentrarse en otro momento. Fue la ceremonia del castigo en el que el secreto del proceso corrió su velo y el público asistió a las circunstancias que rodeaban al crimen atacado por la voluntad soberana. [...] La ejecución era en sí misma la demostración ritual de fuerza y poder, llevada adelante con la pompa y circunstancia de toda ceremonia pública. [...] El ritual llevado adelante frente al cuerpo de los suplicados buscaba efectos perennes en la mentalidad del cuerpo social”. Y luego: “Mas con el tiempo el espectáculo cambió de escenario. Fue el proceso penal el que cumplió estas funciones dramáticas propias de la ejecución del castigo impuesto. El papel que la tortura y la pena capital del Antiguo Régimen tenían dentro del esquema de poder pasó a estar realizado por el ritual del juicio, el que se correspondía con las nuevas sensibilidades y mentalidades culturales imperantes en el proceso de civilización: el escepticismo en las ejecuciones públicas minaba el orden, en vez de reforzar las normas sociales. Afirma Foucault que la ‘sombria fiesta punitiva’ va extinguiéndose. Desaparece el ‘espectáculo punitivo’, el cual se convierte en un nuevo acto de administración. [...] Según él, ‘el castigo tenderá, pues, a convertirse en la parte más oculta del proceso penal’. De allí

75. Puede verse una litografía de la ejecución CÁRCANO, Ramón, *op. cit.* Lamentablemente, la ausencia de referencias impide identificar si se trata de aquella que promocionaba *La Gaceta Mercantil*.

que será la ‘publicidad [...] de los debates y de la sentencia’, en donde descansará la luz. Y, con ello, el sitio donde el espectáculo quedará radicado”.⁷⁶

En esta misma dirección se expresa Anitua: “El paso de un modelo social (y penal y procesal) a otro implicó más continuidades que rupturas. Así como las ‘ceremonias’ de tortura y de castigo del Antiguo Régimen cumplían un importante papel dentro de un esquema de poder; ahora las ‘ceremonias’ del juicio deberían reemplazarlo, pero con mayor eficacia y menor riesgo de sublevaciones populares”.⁷⁷

¿Qué mejor reflejo, entonces, del cruce de dos épocas que las penas impuestas en este proceso? Ejecuciones públicas y secretas, presidio y destierro. ¿Qué mejor ejemplo que un proceso secreto que, una vez concluido, es impreso íntegramente y distribuido por todo el país? No en vano Rosas ha sido descrito como una contradicción andante entre el pensamiento medieval y la modernidad naciente. No en vano era conocido como “El Restaurador de las leyes”. Concretaba en su persona todo el poder público, a la manera de los reyes. Pero también era conciente de que los tiempos habían cambiado y que quien quisiera consolidar su poder debía diversificar sus herramientas.⁷⁸

76. TEDESCO, I. F., *op. cit.*, p. 139 y ss.

77. ANITUA, G. I., “El principio de publicidad procesal penal, un análisis con base en la historia y el derecho comparado”, en HENDLER, E. (comp.), *op. cit.*, p. 72. Véase también en la p. 79 el paso del castigo público a uno de carácter secreto y la asignación de la función de prevención general al proceso. En un trabajo más amplio, este autor señala que “en algunos casos, ni siquiera reemplazando aquella ceremonia sino conviviendo con ella. Así, Lardizábal y Uribe en su famoso *Discurso sobre las penas*, en el que manifestaba que ‘Uno de los fines esenciales de las penas es el ejemplo que con ellas debe darse para que sirvan de escarmiento a quienes no han delinquido y se abstengan de hacerlo, y por esa razón hemos dicho que deben ser públicas’” (ANITUA, G. I., *Justicia penal pública*, *op. cit.*, p. 85).

78. Al respecto, es interesante el relato que hace Feinmann de un encuentro de Rosas con Santiago Vázquez, enviado de la Banda Oriental en ocasión de su primera asunción al poder: “Confiesa, don Juan Manuel, que los errores de quienes los han presidido en la conducción del país han radicado, grandemente, en ignorar a los hombres pobres, a los hombres de las clases bajas, a los hombres de la campaña, que son, piensa él, la gente de acción. Le advierte a Vázquez, como haciéndole un guiño, sobre la animadversión, sobre la natural hostilidad que existe siempre en los pobres contra los ‘ricos y superiores’.

VI. A modo de conclusión

Con este somero estudio, podemos ver que Rosas *eligió* responder al asesinato de Quiroga, no con la guerra, sino con la *ley*. Dispuso también de la prensa, pues quiso que esa respuesta sea percibida e internalizada por el público. Si bien era el juez, no podía permitirse que su sentencia fuera arbitraria.⁷⁹ Del mismo modo, se dio espacio para revisar su propia sentencia, condonar algunas ejecuciones y aminorar las penas. Como dice Cárcano: “Rosas realiza su programa. En una causa célebre él se destaca como el único misericordioso. Aparece en una lucha de conciencia entre los deberes austeros del magistrado y los sentimientos piadosos del hombre. No basta que le aconsejen la muerte. Es necesario que le insten a la matanza. Rosas al lado de su obra de justicia, venganza y persecución, realiza también una obra de arte”.⁸⁰

A esta altura, ya se podría objetarme que se trata de una historia interesante, pero que no nos dice nada sobre nosotros. Que es pasado. Que Rosas era un dictador, concentraba el poder público. Y hasta fue él mismo quien dictó la sentencia.

Sin embargo, no es difícil advertir que el procedimiento que se adoptó para esta causa no difiere sustancialmente del que se implementó a lo largo de la mayor parte de la historia judicial de nuestro país, que tuvo su consagración normativa con el Código de Procedimiento en Materia Penal,⁸¹ con la evidente –y por supuesto que nada menor– diferencia de que el dictado de la sentencia quedó en manos del Gobernador en vez del

Vázquez lo sabe: teme, como todos los de las clases ilustradas temen, que la plebe se solivianta. Rosas lo serena: sabe cómo evitarlo. Y se lo dice: siempre, en efecto, le ha parecido ‘muy importante conseguir una influencia grande esa clase para contenerla o para dirigirla’. Vemos, aquí, que Rosas ha sido consciente acerca de las necesidades del control social para gobernar” (FEINMANN, J. P., *op. cit.*, p. 174).

79. Es cierto que su sentencia no estuvo fundada, limitándose simplemente a asignar responsabilidades e imponer penas, sin remitirse al proceso. Su justificación es, en todo caso, el sumario y dictamen que le eleva Maza.

80. CÁRCANO, R., *op. cit.*, p. 78. Este autor dice “no basta que le aconsejen la muerte”, pues cuando se interpuso el recurso de súplica, tanto el dictamen de Maza, como el del fiscal y el del asesor letrado, pedían la confirmación de todas las condenas.

81. Ley 2372, sancionada el 17 de octubre de 1888, redactada por Manuel Obarrio.

juez instructor. Este sistema, como se sabe, fue modificado a nivel federal en 1992, con la adopción del Código Procesal Penal de la Nación. Pero la etapa de instrucción no varió sustantivamente y se ha convertido en el pilar fundamental del proceso, impactando incluso decisivamente sobre el juicio oral, en ocasiones desdibujándolo por completo por vías “excepcionales”, transformándolo en la mera lectura de actuaciones previas.⁸² Asimismo, se mantiene su carácter “secreto”, aun en palmaria inobservancia de normas de jerarquía constitucional.⁸³

Es indudable que el sistema penal contemporáneo es mucho más complejo que el del rosismo. Asimismo, hoy parece difícil encontrar una decisión

82. Al respecto, se ha dicho que “la mera posibilidad de la presencia pasiva de los ciudadanos en una sala de audiencias, sin posibilidad de conocer qué es lo que allí está ocurriendo, más se parece a la observación de una obra de teatro de la que ni siquiera se puede saber su argumento, ya que la incorporación por su lectura en el acta de debate de declaraciones de testigos ausentes, que ni siquiera son oralizadas efectivamente, lo mismo que otras evidencias documentales, hacen que el hilo argumental del caso aparezca ciertamente retaceado al espectador, que sólo puede interpretar que lo que en un debate se está desarrollando es un rito secreto sumamente incomprensible para su entendimiento de lego y que no le brinda ningún esquema de interpretación del fenómeno” (RODRÍGUEZ, Mariano, *Los límites de la jurisdicción penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 96, citado por ANITUA, G. I., *Justicia penal pública, op. cit.*, p. 333).

83. El art. 204 del CPPN dispone que “el sumario será público para las partes y sus defensores...” y que “será siempre secreto para los extraños”. En cambio la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8 inc. 5, dispone que “el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. Por otro lado, en relación a la etapa de juicio, que sí es oral y público, creo que es trasladable el análisis de Foucault sobre el proceso público francés: “Nadie sabe lo que ocurre realmente en el curso de un proceso. Y ello resulta como mínimo sorprendente en la medida en que se trata de un procedimiento en principio público. Por desconfianza hacia lo escrito y lo secreto (que eran dos principios de la justicia penal bajo la monarquía) nuestra justicia, desde 1794, se considera oral y pública. Todo debe juzgarse en un teatro en el que la conciencia pública ha de estar presente. Pues bien, concretamente, no asisten a la sala más que cincuenta personas, algunos periodistas, un precoz presidente, jurados desbordados. No hay ninguna duda: en Francia la justicia es secreta y, tras el veredicto, continúa siéndolo. Resulta al menos extraordinario que todos los días decenas de acusaciones fiscales sean pronunciadas en nombre de un ‘pueblo francés’ que en esencia las ignora” (en FOUCAULT, Michel, “La angustia de juzgar. Debate sobre la pena de muerte”, en *Saber y Verdad*, Madrid, La Piqueta, 1991, p. 108, citado por ANITUA, G. I., *Justicia penal pública*, p. 20).

deliberada de algún gobernante de utilizar el sistema judicial como mecanismo de respuesta pública para algún conflicto en particular.⁸⁴ Sin embargo, no deja de sorprender que la forma habitual de administrar justicia penal en nuestro sistema, por lo menos en la Ciudad de Buenos Aires, guarde muchas similitudes con aquella que adoptó Rosas. Y eso, pasados algo más de ciento setenta años, en una democracia, no puede dejar de preocuparnos.

Bibliografía

“Causa criminal seguida contra los autores y cómplices de los asesinatos perpetrados en Barranca-Yaco, territorio de Córdoba, el día 16 de febrero del año 1835, en las personas del Exmo. Sr. Brigadier General D. Juan Facundo Quiroga, comisionado del Exmo. Gobierno de Buenos Aires; su secretario, Coronel Mayor D. José Santos Ortiz, y demás individuos de su comitiva. Con las defensas de los reos, acusación del Fiscal del Estado, dictámenes del Juez Comisionado, y del Asesor General, y de las última actuaciones hasta la sentencia definitiva, y su egecución”. Publicación oficial, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1837.

Abramovich, V., “El complejo de Rock Hudson. Sobre el menosprecio de la práctica judicial y de su propio discurso en el estudio y la enseñanza del derecho”, *No hay Derecho*, N°4, Buenos Aires, 1991.

Anitua, G. I., *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, 1ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

Barreneche, Osvaldo, *Dentro de la Ley, Todo. La justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del sistema penal moderno de la Argentina*, La Plata, Ediciones Al Margen, 2001.

Cárcano, Ramón J., *El General Quiroga*, Buenos Aires, Emecé, 1947.

Feinmann, José Pablo, *La Sangre derramada. Ensayo sobre la violencia política*, Buenos Aires, Booket, 1ª ed. 1998, 3ª ed. 2007.

84. Puede discutirse que en el caso que estudiamos haya habido una decisión deliberada en tal sentido de Rosas. Sin embargo, el pedido de autorización a las demás provincias para proceder al juzgamiento de los Reinafé no puede pasarse, sin más, por alto. Es evidente que Rosas quería dar una respuesta al asesinato de Quiroga y a los rumores públicos sobre el mismo, muchos de los cuales lo involucraban en la planificación del crimen.

- Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2ª ed., 2003.
- Garland, David, *Castigo y sociedad moderna*, México, Siglo XXI, 2ª ed. en español, 2006.
- Halperín Donghi, T., *Revolución y guerra. Formación de una élite dirigente en la argentina criolla*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1994.
- Hendler, Edmundo (comp.), *Las garantías penales y procesales, un enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- Lafuente Machain, Ricardo de, *La Plaza trágica*, Cuadernos de Buenos Aires XVII, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Secretaría de Cultura, segunda edición, 1973.
- Levaggi, Abelardo, *Historia del Derecho Penal Argentino*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Lecciones de Historia Jurídica IV, Buenos Aires, Perrot, 1978.
- Levene, R., *Historia del derecho argentino*, VIII, 1954, y XI (documentos), Buenos Aires, 1958.
- Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª ed., 1996.
- Pagano, Mabel, *Lorenza Reynafé o Quiroga, la barranca de la tragedia*, Córdoba, Ediciones del Boulevard, 2004.
- Rock, David, *Argentina 1516-1987. Desde la colonización española hasta Raúl Alfonsín*, Buenos Aires, Alianza, 1ª ed., 1989, 5ª reed. 1999.
- Salvatore, Ricardo, “El imperio de la Ley. Delito, estado y sociedad en la era rosista”, en revista *Delito y Sociedad*, año III, N°4/5, Buenos Aires, 1993/94.
- Sarmiento, Domingo F., *Facundo*, Buenos Aires, Colihue, 1ª ed., 1998.
- Tau Anzoátegui, Víctor, “En torno a la mentalidad de nuestros juristas del ochocientos”, en *Revista de Historia del Derecho*, N°5, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1977.
- Tau Anzoátegui, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad Social e Ideas Jurídicas*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, XI, Buenos Aires, 1977.
- Tedesco, Ignacio F., *El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cultural*, 1ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- Zorraquín Becú, R., “El proceso a los asesinos de Quiroga”, en *Revista del Instituto de Historia Ricardo Levene*, N°22, Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires, 1971, pp. 165-205.

El poder disciplinario intramuros: la transformación de lo legal en ilegal. La sanción de aislamiento y su posible consideración como trato cruel, inhumano y degradante. Análisis de la situación en Argentina

*Sabrina I. Pascual Escalada**

Resumen

Las sanciones disciplinarias en la ejecución de la pena vienen a constituir uno de los mecanismos internos de represión y de castigo más perversos, genéricamente denominados por Foucault “disciplina despótica”.

La prisión otorga un poder casi total sobre los detenidos y lleva a su máxima intensidad el más fuerte de todos los procedimientos que se encuentra en los dispositivos de disciplina.¹

* Abogada con orientación en derecho penal (UBA). Cursando actualmente la Maestría en Derechos Humanos y Democratización en América Latina (USAM) en coordinación con el Centro Internacional de Estudios Políticos (CIEP). Actividad investigativa. Tesis: Contextos ampliatorios de derechos en América Latina y la recepción de leyes antiterroristas. Participante del equipo de investigación DECYT 2012-2014 sobre Medios de comunicación y delito. Antecedentes docentes: 2011-2013. Ayudante en la cátedra de Criminología del Dr. Tavosnanska CPO, Facultad de Derecho (UBA). 2012-2013. Ejercicio de la docencia en contextos de encierro de la provincia de Buenos Aires, Garantías constitucionales en el proceso penal, derecho a la comunicación y su conjunción con las políticas criminales y penitenciarias; sa_pascual@hotmail.com.

1. FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar - Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, p. 238.

Previstas en nuestro ordenamiento jurídico y arraigadas a las prácticas penitenciarias más feroces de la actualidad, las sanciones disciplinarias constituyen el principal medio coercitivo carcelario a través del cual se somete al interno a los peores tratos en aras de su supuesta reinserción y acomodamiento de las normas de conducta debidas.

La sanción de aislamiento en celda individual constituye el medio preferido de las agencias penitenciarias, pero su utilización desmedida vulnera los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Es inminente que se comprometa la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

Palabras clave: Ley de ejecución penal, régimen disciplinante, sanción disciplinaria, aislamiento, fuerzas de seguridad y penitenciarias, tortura, tratos crueles o degradantes, juez de ejecución, garantías constitucionales en el proceso sancionatorio.

Disciplinary power inside jail; the transformation from legal to illegal. Disciplinary punishment as torture or cruel, inhuman and degrading treatment. Analysis of the current state of affairs in Argentine

Abstract

The imposition of disciplinary sanctions or measures and the supervision of their execution are the responsibility of competent authorities who act in all circumstances in accordance with the Constitution.

The State's parties have to take positive measures to ensure that people or entities do not inflict torture or cruel, inhuman or degrading treatment as punishment on others under their supervision.

Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, the absence of due process and the rule of law exist of a large number of prisons and the extensive use of force. Solitary confinement is used regularly in jail, but its overuse breaks international treaties.

Keywords: disciplinary penalties, disciplinary practice, torture and cruel, inhuman or degrading treatment, segregated, solitary confinement, Penitentiary and Security Forces, enforcement judge, constitutional guarantees.

I. Introducción

La realidad carcelaria demuestra que en nuestro país, de *manera sistemática, arbitraria y abusiva, las agencias penitenciarias ejercen una inmensa violencia institucional a través de las denominadas sanciones disciplinarias.*

Previstas legislativamente en el Capítulo IV de la ley de ejecución penal 24.660² y reglamentadas en el decreto 18/97, las sanciones disciplinarias vienen a coronar el denominado “régimen disciplinario penitenciario” que consiste en la implementación de determinadas técnicas de disciplinamiento y que bajo fundamentos de seguridad, orden y hasta resocialización de la persona, persiguen la mantención de “*la seguridad y la correcta organización de la vida de los alojados [...]*”.³ Sin embargo, veremos que en realidad aquello constituye una falacia y en verdad encubren la construcción de un canal punitivo descontrolado y desmedido.

Lo que Foucault ha llamado [la cuestión] “penitenciaria” o “carcelaria” termina por naturalizar el poder legal de castigar al igual que legaliza el poder técnico de disciplinar. Al homogeneizarlos, termina por borrar todo lo que puede haber de violento en el uno y de arbitrario en el otro [...].⁴

Es así como, en cabeza de una de las agencias que ha cometido la mayor cantidad de crímenes y muchos de ellos considerados los más atroces de la humanidad,⁵ se alza este *poder disciplinario*.

Las fuerzas penitenciarias serán las únicas autoridades con competencia para la aplicación de cualquiera de estas sanciones disciplinarias cuando resulte necesario corregir la conducta de la persona privada de su libertad por haber sido contraria al orden respectivo.

Absolutamente invisible para la comunidad extramuros, pero absolutamente cotidiano y “naturalizado” por la población carcelaria, se termina por desplegar una maquinaria de poder abusivo, de aplicación de torturas y malos tratos que se cuela en nuestro ordenamiento jurídico vigente a pesar

2. En la ley 12.256, de ejecución provincial, se hayan en el art. 42 en adelante.

3. Decreto reglamentario 18/97. Art. 1. Fundamento.

4. Foucault, M., *op. cit.*, p. 309.

5. Zaffaroni, E., *Crímenes de masa*. Buenos Aires, Ed. Madres de Plaza de Mayo, 2010, p. 33.

de hallarse en franca contradicción con las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

Desde una amonestación, que constituye la sanción más leve del reglamento pues se presenta como una simple advertencia al interno con carácter “educativa”, hasta el traslado a otro penal con un régimen más riguroso o incluso el aislamiento en celda individual, las sanciones disciplinarias se presentan como *un método legal de corregir el comportamiento indebido de la persona a costa de desistir los fines de la resocialización*.

El Sistema Nacional de Estadísticas sobre ejecución de la pena en el 2011⁶ contabilizó un total de 11.410 infracciones disciplinarias de las cuales, el 56,66% (6.466) corresponden a sanciones graves, el 27,16% (3.100) a medias y el 16,16% (1.844) a leves. De las sanciones graves, el 59% importó la permanencia en celda individual de hasta 15 días ininterrumpidos.

En este mismo sentido, el régimen penitenciario federal⁷ registró un resultado similar al descrito anteriormente. 46,8% fueron las sanciones disciplinarias graves, 37,6% las medias y 15,6% leves. De dichos casos, 1.319 implicaron sanción de aislamiento entre 11 y 15 días en celda individual, lo que importó un aumento del 8% si se lo compara con la situación en 2010 en los que se registraba un total de 1.051.

Es necesario cuestionarnos por qué está sucediendo esto en todos nuestros centros penitenciarios y cuáles son sus posibles causas. Es por ello que la metodología de este ensayo consistirá en un análisis concatenado de la normativa prevista legislativamente, contraponerla con lo que ocurre en la mayor cantidad de los casos intramuros (utilizando para ello la herramienta de las estadísticas y relevamientos en trabajo en campo) y finalmente, aproximarnos a soluciones potenciales que no pequen de idílicas o irrealizables.

De esta manera, el punto de partida de nuestro estudio será la conceptualización y el análisis de las implicancias de la sanción de aislamiento en celda individual, desde la perspectiva internacional de los derechos humanos. ¿En qué consiste la sanción de aislamiento? ¿Qué consecuencias impli-

6, INFOJUS - SNEEP, *Informe Anual 2011*.

7. PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *Informe Anual 2012. La situación de los derechos humanos en las Cárceles Federales de la Argentina*, Buenos Aires, 2013.

ca para la persona? ¿Su implementación puede importar la vulneración de derechos de raigambre internacional?

Posteriormente, pasaremos a la situación carcelaria en Argentina y cuál es el estado actual del derecho vigente en la materia. Nos concentraremos en el análisis sobre aquella *única* figura con competencia para imponer estas sanciones, es decir, el Director del Establecimiento carcelario. ¿Es él la persona que las impone? Desde ya anticipamos que la respuesta es negativa, pero esta primer pregunta es sólo una excusa para iniciar el análisis de cuestiones muchísimo más profundas y que pueden constituir una posible explicación a la implementación desmedida y arbitraria de sanciones de aislamiento.

Es así como desde un punto de vista criminológico, estudiaremos cómo es la estructura de las agencias penitenciarias, centrandó nuestro interés en el Servicio Penitenciario Federal y el Servicio Penitenciario Bonaerense y brindando una posible explicación al interrogante: ¿por qué la sanción de aislamiento es la que más aplican nuestras agencias penitenciarias?

Para finalizar, veremos cómo esas características estructurales repercuten en la actuación de las agencias penitenciarias, en los procesos que se desarrollan dentro de la ejecución y como estas fuerzas responden ante el control de instituciones externas tales como el Poder Judicial u organismos de protección de derechos de las personas privadas de su libertad.

II. La sanción de aislamiento

Conceptualizaremos el aislamiento a fin de comprender en qué consiste este tipo de sanción y comenzar a visibilizar los padecimientos que genera en las personas que las sufren.

La Procuración Penitenciaria de la Nación ha señalado que se trata del encierro en “celdas de una superficie mínima, donde apenas cabe algo más que una cama, sin ventanas ni luz natural o artificial, muchas veces sin colchón, ni frazadas, con puertas cerradas y sin acceso al baño, salvo previo llamado al custodio o custodia. Esto muchas veces obliga a efectuar necesidades fisiológicas básicas en botellas, bolsas de plástico o recipientes que se encuentran y mantienen por largo tiempo en el interior de las celdas”.⁸

8. PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *Cuerpos castigados. Malos tra-*

Desde lo jurídico-material podemos afirmar que se trata del castigo de mayor gravedad del sistema sancionador penitenciario e implica –a diferencia de otros– “no sólo *un claro empeoramiento en las condiciones de ejecución de la condena*, afectando todo el sistema de derechos del interno (alteración cualitativa de la pena) sino que *repercute necesariamente en el régimen de progresividad penitenciario* (alteración cuantitativa de la pena)”.⁹

Esto último se debe a que su aplicación incide en diversos momentos de la ejecución pues modifica las calificaciones de conducta y de concepto del interno, lo que a su vez influye en la incorporación al régimen de semi-libertad, la posible concesión o denegación de salidas transitorias, otorgamiento de la libertad condicional y en el régimen de libertad asistida.

En este voto del magistrado del máximo tribunal, decide avanzar aún más en su análisis y concluye que el carácter especial de la sanción de aislamiento como privación de la libertad dentro de una situación de privación de la libertad preexistente “implica una modificación en las condiciones de detención de tal entidad que requiere sin lugar a dudas que su aplicación se enmarque en un proceso celosamente respetuoso de los principios del derecho penal con jerarquía constitucional”.¹⁰

Ahora bien, esta sanción de aislamiento, que en términos del magistrado de la CSJN es “tan severa” y que “modifica sustancialmente el contenido de la pena” contiene una serie de riesgos y expone a la persona a una situación de extrema vulnerabilidad que en definitiva, constituye el interés y la razón de ser que ha motivado la producción de este trabajo.

El aislamiento garantiza que se pueda ejercer sobre los condenados, “con el máximo de intensidad, un poder que no será contrarrestado por ninguna otra influencia [...]. El aislamiento asegura el coloquio a solas entre el detenido y el poder que se ejerce sobre él”.¹¹

tos físicos y torturas en cárceles federales, Buenos Aires, 2009, p. 86.

9. CSJN, Sentencia 09 de marzo de 2004. *Romero Cacharane s/sanción disciplinaria*. Considerando 8 del voto del Dr. Fayt, citando a Mapelli Caffarena, Borja, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, España, Ed. Bosch, 1983.

10. *Ibid.*

11. Foucault, M., conf. *op. cit.*, p. 240.

Esta es la verdadera naturaleza de la sanción. Aquí es donde se encarna la cuestión penitenciaria en toda su extensión, pues se construye aquel ámbito en donde nadie puede ingresar. Si el acceso a un centro penitenciario es de por sí complejo (pues hay que soportar las requisas, el cacheo, las revisiones, etc.), imagínese las dificultades a las que habrá de enfrentarse la persona que se intente comunicar con aquella que está bajo el régimen sancionador.

Esta última está sola y se enfrenta al aparato estatal punitivo en toda su extensión. Se encuentra expuesta a aquel sector que no reconoce ninguna autoridad externa, y que goza de una inmensa discrecionalidad debido a la autonomía funcional. Se trata de aquel sector que ha cometido los peores crímenes de la humanidad por estar legitimado por algunos discursos imperantes y por sobre todas las cosas, por ser quien detenta *legalmente* la aplicación de dichas atribuciones sancionatorias.

A. El aislamiento en el ámbito internacional de los derechos humanos. Su análisis como posible “formas de trato cruel, inhumano o degradante”

A nivel internacional, cabe señalar que la CIDH, en el principio XXII, pto. 3, de los “Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas Privadas de Libertad en las Américas”, aprobada por resolución N°1/109 dispone que “se prohibirá, por disposición de la ley, *las medidas o sanciones de aislamiento en celdas de castigos*”.

Desde sus primeras sentencias, esta Corte internacional ha señalado que tanto alguno de los elementos típicos del régimen penitenciario y ciertas condiciones de detención física constituyen en sí mismos, un trato cruel e inhumano y que por lo tanto, violan el art. 5 de la CADH sobre el derecho a la integridad de la persona.

Es así como sostuvo que “el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido del respecto a la dignidad inherente al ser humano”.¹² Posteriormente, en el caso “Loayza - To-

12. CIDH, 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 156. *Velázquez - Rodríguez c. Honduras*.

mayo c. Perú”¹³ reafirmó su posición; consideró que “el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural [...] [y] las restricciones al régimen de visitas [...] constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Y finalmente, demostrando una clara intención de avanzar en el tema, este mismo tribunal reconoció que el régimen de aislamiento ocasiona en quien lo padece, un sufrimiento psicológico y físico que puede contribuir a un trato constitutivo de tortura. En el año 2000, en el fallo Cantoral - Benavides c. Perú,¹⁴ señaló que el confinamiento en “una celda reducida, sin ventilación ni luz natural” y un régimen penitenciario en el que el detenido debía permanecer en la celda 23 horas y media [...] y sólo podía recibir una vez al mes la visita de sus familiares directos, sin contacto físico entre él y la visita [...] puede tratarse de un caso de tortura física y psicológica”.

B. Sobre el régimen penitenciario

Aquellas cuestiones que se analizan para demostrar la ilegalidad o no de un régimen penitenciario se centran en el efectivo acceso a ejercicios al aire libre, el acceso a contactos humanos significativos dentro de la cárcel como así con el mundo exterior.¹⁵ Diversos estudios han demostrado cuán importante resulta para salvaguardar la salud psicológica de los detenidos en régimen de aislamiento el que se les garantice el acceso a esta interacción social así como también la posibilidad de entablar contacto durante la permanencia en estos microlugares cuyos efectos resultan tan dañinos.

Todos estos derechos, que podemos decir que se concretan en las actividades recreativas colectivas, laborales, educativas así como también el derecho a la visita, pueden resultar afectados cuando se impone este tipo de sanciones.

13. CIDH, 17 de septiembre de 1997. Serie C, núm. 33, párr.58. *Loayza - Tomayo c. Perú*.

14. CIDH, 18 de agosto de 2000. *Cantoral - Benavides c. Perú*. Serie C, núm. 69, párrafos 62 y 104.

15. ONU, Asamblea General, “Informe sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, 5 de agosto de 2011. Sexagésimo sexto período de sesiones, p. 16.

Pues bien, en esta instancia nuevamente nos encontramos con la dicotomía de aquello que se prevé legislativamente versus lo que ocurre en la práctica cotidiana carcelaria.

Cuando dijimos “afectación”, hacemos a la idea de reglamentación, de limitación, ahora bien, las agencias penitenciarias parecen entender “supresión”.

Analicemos un claro ejemplo normativo. En el art. 53 del decreto reglamentario de la ley de ejecución penal nacional, se considera que si bien la exclusión de la persona sancionada en actividades en común o colectivas es posible, aun en lo que implica educación y trabajo, estos últimos supuestos (durante el período de vigencia de la sanción) deberán desarrollarse de manera individual.

En la práctica sería algo así como “no podés ir a la escuela con el resto de tus compañeros pero sí contarás con un profesor/a que te dé la clase respectiva”. ¿Verdaderamente podemos creer que esta situación es posible en la actual cárcel de Argentina? Quienes trabajamos en contextos de encierro sabemos de las dificultades que por sí genera el instituto educativo dentro de otro instituto (me refiero al carcelario) y que resulta ser mucho más feroz, que demuestra un absoluto desprecio por los derechos y garantías de las personas allí prisionizadas y que incansablemente pugna por avanzar por sobre este (así como sobre cualquier institución externa que tienda a hacer una instancia de control).

La puja de poder que se suele disputar entre docente-guardia (aun con la nueva figura del “coordinador educativo”) lleva a que en infinidad de veces el dictado de las jornadas educativas deba verse interrumpidas por cuestiones de “seguridad” o de “peligro a los docentes” (estos argumentos son constantemente utilizados por estas agencias de seguridad, tanto las externas como la penitenciaria para aumentar su nivel de represión y punibilidad).

¿Verdaderamente podemos creer que ese alumno o alumna que está sancionado, en celda de aislamiento, sea llevado hasta el docente para tener su debida jornada educativa?

Son preguntas que necesariamente tenemos que hacernos como filósofos del derecho, como operadores judiciales, como docentes, como funcionarios a fin de comenzar a derribar los muros de la cárcel.

En el siguiente punto veremos esta misma consideración específicamente desde las consecuencias que esta falta de interacción puede acarrear en la persona sancionada.

C. La cuestión del aislamiento desde su aspecto social y de la interacción. Consecuencias en las personas que lo sufren. Aspectos psíquico y físico

Las investigaciones muestran que cuando están privados de un nivel suficiente de estímulo social, las personas se convierten pronto en individuos incapaces de mantener un adecuado estado de alerta y atención a su entorno.¹⁶

El relator especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes señala que “unos pocos días de régimen de aislamiento hacen que la actividad cerebral de una persona adquiera una pauta anormal característica del estupor y el delirio”.¹⁷

Una estimulación mínima experimentada durante el régimen de aislamiento puede dar lugar a una disminución de la actividad cerebral en algunas de las personas sólo después de siete días. Una investigación constató que hasta un período de siete días, la disminución de la actividad cerebral es reversible pero si la privación supera este período, puede suceder que no lo sea.

Estos regímenes de aislamiento que son prolongados o indefinidos, implican, en palabras del Relator de la ONU, “una prisión dentro de una prisión” y por lo tanto sobre la persona genera la formación de un sentimiento de extrema ansiedad y exclusión que claramente van más allá de una pena de prisión normal.

En su informe también agrega que aquellas personas que se encuentran en esta situación claramente resultan expuestas a una extrema vulnerabilidad en su condición y generalmente quedan al margen de la vigilancia del Poder Judicial. Este último punto lo analizaremos más adelante.

16. *Ibíd.*, p. 17. Acápites 55.

17. Stuart Grassian, “Psychiatric effects of solitary confinement”, *Journal of Law and Policy*, vol. 22, 2006, p. 325. Citado en el Informe ant. cit. ONU sobre “torturas y otros tratos crueles ...”, p. 17.

D. ¿Cuándo el régimen de aislamiento puede ser considerado tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes?

Del informe de la ONU que estamos tomando, el Relator sostiene que debido a la ausencia de testigos, el régimen de aislamiento aumenta el riesgo de actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Méndez sostiene que “dado sus graves efectos negativos para la salud, la utilización del régimen de aislamiento puede por sí mismo equivaler a los actos prohibidos por el art. 7 del PIDCyP por constituir una tortura según se define en el art. 1 de la Convención contra la Tortura o bien un trato o penal cruel conforme a lo establecido en el art. 16 de dicha convención”.¹⁸

A fin de definir cuándo un aislamiento puede ser considerado tortura o trato cruel es que se precisan algunos parámetros:

- Cuál ha sido la finalidad para aplicar el régimen de aislamiento.
- Cómo fueron las condiciones del encierro.
- Y la duración y los efectos sobre la persona sancionada.

En lo que aquí nos interesa apuntar, el informe expresamente señala que “el régimen de aislamiento, cuando se lo utiliza con fines de castigo, no puede justificarse por ninguna razón, precisamente porque inflige dolores y sufrimientos mentales graves que van más allá de todo castigo razonable por la comisión de un delito y por lo tanto, constituye un acto definido en el art. 1 o en el art. 16 de la Convención contra la Tortura y una violación del art. 7 del PIDCyP. Esto se aplica también a las situaciones en las que el régimen de aislamiento se impone como consecuencia de una infracción de la disciplina penitenciaria, siempre que el dolor y el sufrimiento experimentado por la víctima alcance la severidad necesaria” (destacado propio).¹⁹

Asimismo, el Relator considera que el aislamiento es contrario a lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 10 del PIDCyP en el que se expresa que el “régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” y en contrario sensu,

18. *Ibíd.*, p. 21

19. *Ibíd.*, p. 21.

“los períodos prolongados de aislamiento no ayudan a la rehabilitación o resocialización de los detenidos”.²⁰

Por todo lo dicho, se sostiene que aquel aislamiento que sea superior a los 15 días constituye una tortura o bien un trato o pena cruel, inhumano o degradante.

Ahora bien, habiendo definido en qué consiste, qué derechos se restringen y qué es lo que implica la sanción de aislamiento, pasaremos a la segunda etapa de este estudio a fin de analizar la legalidad de su aplicación en relación a la competencia de funcionario para aplicarla específicamente en lo que respecta la situación carcelaria argentina y el análisis de la normativa vigente.

III. El tema de la estructura penitenciaria. La autoridad competente para la imposición de sanción disciplinaria

Conforme al art. 5 del decreto reglamentario 18/97 “el poder disciplinario sólo podrá ser ejercido por el director del establecimiento o el funcionario que legalmente lo reemplace”.²¹ *En ningún caso se podrá asignar a un interno el ejercicio de la potestad disciplinaria ni a otro funcionario que no esté legalmente previsto.*²²

Como excepción al principio general, el art. 82 de la ley 24.660 establece que el reglamento podrá autorizar con *carácter restrictivo*, que un miembro del personal superior legalmente a cargo del establecimiento pueda ordenar el aislamiento provisional de internos cuando existan motivos fundados para ello dando inmediata intervención al director.

Estos “motivos fundados” de los que habla el art. 82 se aclaran en el art. 35 del decreto reglamentario que establece: “Cuando *la infracción disciplinaria constituya, prima facie, infracción grave* o resulte necesario el mantenimiento del orden o para resguardar la integridad de las personas o para el esclarecimiento del hecho, el director o quien lo reemplace, podrá disponer el aislamiento provisional del o de los internos involucrados, *co-*

20. *Ibíd.*, p. 22.

21. En este sentido dicho artículo viene a reglamentar lo asentado en el art. 81 de la ley 24.660.

22. Decreto reglamentario 18/97 de la ley de ejecución nacional 24.660. Arts. 5 y 6.

municando dicha medida al juez competente dentro de las 24 horas de su adopción”.

Ahora bien, ¿verdaderamente el director es el funcionario que aplica la sanción disciplinaria? Y a su vez, si la mantención del orden es el parámetro para la imposición de tal régimen sancionador, ¿qué entiende la autoridad carcelaria por “orden”?

La realidad nacional demuestra que en casi la totalidad de los casos que han llegado a conocimiento del poder judicial, el personal penitenciario que aplica la sanción es aquel que ha intervenido directamente en el hecho, es decir, al momento de producirse este. En este sentido, Federico Ramos, un ex integrante de la Procuración Penitenciaria de la Nación, confirma dicha realidad y señala múltiples casos que ha relevado y en los que los internos resultan aislados “de hecho” por aquellos agentes que estuvieron en la supuesta escena “conflictiva” o “problemática”.²³

Lo que comúnmente ocurre es que el interno/a es trasladado a los lugares denominados “buzón” o “leonera”, que no constituyen otra cosas que celdas de aislamiento, generalmente individuales, en la que se lo somete a los peores tratos, se le restringe el derecho de visita, se lo excluye de las actividades colectivas y por sobre todas las cosas, es sancionado sin ningún respeto por las garantías procesales que se consagran durante el proceso de imposición de la sanción (posibilidad de descargo, producción de pruebas, defensa técnica, etc.).

Pues bien, teniendo un panorama actualizado sobre el procedimiento sancionatorio actual, el primer interrogativo que habremos de analizar es: *¿por qué las sanciones disciplinarias generalmente no son impuestas por la única autoridad competente en la materia?*

El centralismo organizacional que caracterizó tanto a la agencia penitenciaria Federal como a la Bonaerense se cristaliza en una conducción con-

23. No sólo se contraría lo establecido en los arts. 5, 35 entre otros, del decreto reglamentario 18/97 sino que también resultan vulnerados los principios constitucionales de defensa en juicio, proceso penal acusatorio, pues un funcionario que ha tenido relación directa, además de ser el que defina si el obrar merece una sanción o no, también es el que acusa y el que la ejecuta y brinda un carácter provisorio a un encarcelamiento que posteriormente se transforma en constante.

centrada en una plana mayor, bajo una estructura hiperjerarquizada y con forma piramidal. Ese estado mayor se caracterizó por el corte castrense.²⁴

La verticalidad que es característica de las fuerzas militares, terminó por trasladarse a otras de las agencias estatales cuyos ejes básicos son la imposición del orden, de la disciplina, los conceptos estáticos y cerrados que no dan lugar a ninguna visión crítica y mucho menos aún, a una concepción colectiva, organizada y de tratamiento igualitario.

Sumado a estas características estructurales, se manifiestan algunas especificidades de la labor policial que resultan absolutamente aplicables a las agencias penitenciarias que por su tipo de actividad, digamos “directa” o “inmediata” ante la situación de conflictividad, exigen que el agente adopte un rol más protagónico y expeditivo.

Habitualmente, se dan condiciones concretas en las intervenciones policiales que casi siempre se desenvuelven en situaciones de crisis y que requiere respuestas urgentes e inmediatas, exigiendo al agente la adopción de *decisiones rápidas que implican la puesta en práctica de ciertas competencias de enjuiciamiento y de iniciativas específicas de la acción policial*. Dicha apreciación policial se manifiesta en dos momentos distintos (lo que algunos autores llaman el principio “de oportunidad”) y que se manifiestan en la decisión de “cuándo es el momento para intervenir ante la posible comisión de un hecho lesivo” y “cuál es el modo en que esta intervención habrá de hacerse incluyendo también los medios más efectivos para la finalidad propuesta”. Este juicio valorativo “no configura un atributo exclusivo de los jefes de las agencias policiales sino que constituye un poder también existente en los renglones más bajos de la estructura jerárquica. La policía de base es la que se encuentra cotidianamente enfrentada a problemas concretos que debe responder en forma inmediata”.²⁵

De esta manera, Saín sostiene que estas particularidades del trabajo policial dan lugar a una clara tendencia institucional: *se genera una inversión jerárquica a través de la cual el jefe de la actuación policial se desplaza de los niveles superiores de conducción hacia los niveles operativos de la institución*.

24. Saín, Marcelo F., *Seguridad, democracia y reforma del sistema policial en la Argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 43.

25. *Ibíd.*, p. 29 y sigs.

La figura del Director del establecimiento penitenciario en la práctica cotidiana, se encuentra totalmente desvirtuada y desdibujada. Sin ejercer las actividades que su cargo le impone, relegando en el personal de escalafón más bajo aquellos actos típicos de la cárcel que afectan la dignidad de la persona (requisas, golpes, amenazas, abusos, etc.), pareciera comprobarse que esa figura de autoridad no tienen ninguna intervención en el proceso sancionatorio y menos aún, el debido contacto con la persona privada de su libertad.

Si bien excede la materia de este trabajo, no podemos dejar de preguntarnos si efectivamente el Director tiene la idoneidad requerida para la realización de determinadas tareas que hacen a su condición de funcionario.

Específicamente nos estamos refiriendo al hecho que sobre el Director recae esta tarea de naturaleza netamente jurisdiccional que se cristaliza en el proceso sancionatorio.

Si uno lo analiza (tanto a la luz de la ley de ejecución penitenciaria como al del decreto reglamentario) se encontrará que en él aparecerán todos los principios que rigen en materia penal y procesal penal; tanto normas sustantivas como adjetivas se ponen en juego para la implementación de estos procedimientos y requieren el análisis valorativo de cuestiones de hecho y de derecho.

Ciertamente, ocurre que esta función jurisdiccional suele ser olvidada en los procesos sancionatorios y posiblemente se deba a ineficiencias en la formación educativa y el desconocimiento de los principios generales del derecho como también a una actitud sumamente desinteresada por el cumplimiento de los preceptos constitucionales.

Para finalizar este acápite e introducir al siguiente, diremos que estas estructuras policiales y penitenciarias, que se asemejaron y fundaron en el régimen típico militar terminan por alinearse cuando aparece la denominada “Autonomía o soberanía penitenciaria”.

En el siguiente punto analizaremos este concepto para ver en qué consiste y posteriormente avanzar en sus posibles consecuencias.

A. La estructura penitenciaria y su autonomía. ¿Cómo afecta los conceptos de seguridad y orden propios del régimen disciplinante?

Ahora bien, habrá de incluirse una serie de nuevos elementos que afinen el trazo de nuestra interpretación con el objetivo de poder visibilizar

cómo es que esas características estructurales afectan al régimen disciplinador de la ejecución penal.

Charles Lucas formuló un principio que en términos de Foucault viene a marcar “la línea de pendiente esencial del funcionamiento penal moderno” y que lo llamó “la declaración de independencia carcelaria”. En ella se reivindica “un poder que tiene no sólo su autonomía administrativa, sino como una parte de la soberanía punitiva”.²⁶ Es que según términos de este autor, “en la prisión, el gobierno puede disponer de la libertad de la persona y del tiempo del detenido [...]”.²⁷

Prima facie pareciera que uno habla de cuestiones verdaderamente abstractas o más bien filosóficas pero un claro ejemplo de esta cuestión de disposición de la persona privada de su libertad resulta visible en el régimen sancionatorio pues allí se prevé entre las conductas susceptibles de infracción; que no se respete injustificadamente el horario o la convocatoria a actividades, descuidar la higiene de la ropa de cama o prendas personales como así el aseo personal o del lugar del alojamiento, no realizar en la forma encomendada las prestaciones personales en las labores de limpieza o mantenimiento, alterar el orden con cantos, gritos, ruidos o mediante el elevado volumen de aparatos electrónicos autorizados, etc.

Son estos agentes los que en el día a día señalan qué conducta está permitida, cuál de ellas por ser excesiva resulta pasible de sanción y con quiénes pueden hacer la vista gorda.

Las agencias penitenciarias poseen un margen de discrecionalidad amplísimo que resulta totalmente amparado por la situación de encierro. Los muros tapan estas cotidianidades, las tornan invisibles, o más aún, tornan lo ilegal en legal.

No estamos sosteniendo ningún argumento moderno, ni novedoso, ya que estas mismas cuestiones se han señalado desde los propios inicios de la institución carcelaria pero lo que sí se intenta señalar es que además de un contexto que propende y es fuente de una enorme violencia institucional también se encuentra una fuerza que posee características propias tanto de estructura funcional, de ideología como así de formación.

26. Foucault, M., *Conf. op. cit.*, p. 250.

27. CH. LUCAS, *De la reforme des prisons. 1838*, pp. 123-124, citado en FOUCAULT, M., *op. cit.*, p. 238.

Foucault afirma que como signo de ese desgobierno de las agencias penitenciarias se pueden advertir “las violencias inútiles de los guardianes o en el despotismo de una administración que tiene los privilegios de lugar cerrado”. “La prisión está destinada a aplicar las leyes y a enseñar a respetarlas, ahora bien, todo su funcionamiento se desarrolla sobre el modo de abuso de poder y arbitrariedad de la administración”.²⁸

De esta manera, llegamos a la instancia en la que debemos preguntarnos: ¿por qué el aislamiento es la sanción que más se aplica?

A. Esa concepción de orden y seguridad, sumado a la estructura vertical y la autonomía funcional y punitivista, terminan por definir cuál es la sanción que se aplica por excelencia

Todo lo dicho hasta el momento no trae otra consecuencia que “la represión es la única respuesta de los agentes frente a los conflictos, disparar balas de goma a diestra y siniestra, sin respetar la reglamentación mínima y ocasionando graves lesiones a los detenidos. No se previenen los conflictos ni se construyen dispositivos adecuados y eficaces de resolución de estos [...] la permanente apelación a instancias represivas se vincula con las condiciones de vida intramuros que ya fueron mencionadas: la violencia en fundamental para someter a detenidos que soportan hambre, falta de medicamentos, robo de sus pertenencias [...]. Existe una perversa circularidad: las riñas entre detenidos, abonadas por tales regímenes de vida, justifican los medios violentos con las que se encara, medios que a su vez generan más tensión y abonan rivalidades, fricciones y nuevos episodios de violencia”.²⁹

Es que, en definitiva, lo que ocurre es que los funcionarios penitenciarios “conciben al orden y la seguridad dentro del establecimiento carcelario no sólo como un fin en sí mismo, sino que representan la razón de ser de la ejecución, que existe una sobrevaloración de la disciplina que puede llevar a la autoridad penitenciaria a extralimitarse incurriendo en arbitrariedades”.³⁰

28. Foucault, M., *Conf. op. cit.*, pp. 251-271.

29. Cipriano, R. F., *Cárceles de mala muerte. Agrupación para la libertad*. Balance (Anti)carcelario. Informe 2010/2011, p. 52.

30. Irastoza y Gadano, “Algunas cuestiones procesales sobre la aplicación de las sanciones disciplinarias en el ámbito penitenciario”, *Campus Virtual de Asociación Pensam-*

Esa misma concepción de seguridad y orden traerán como consecuencia inmediata la *afectación de los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad* (art. 28 de la CN). “La urgencia no puede justificar la ejecución de una sanción, por ejemplo de 15 días de aislamiento en celda individual, porque está sujeta al riesgo de la fiabilidad inherente a las decisiones humanas”. “Se intenta justificar la ejecución inmediata de las sanciones disciplinarias en la necesidad de mantener el orden y la seguridad en el establecimiento de detención, principios que están sobrevalorados”.³¹

En el inicio de este trabajo ya se mencionaron las cifras del SNEEP sobre la materia, ahora sólo cabe agregar los datos que arrojó el informe anual del *Registro Nacional de casos de Torturas y/o Malos Tratos*.³² Allí se relevaron los hechos que constituyeron tratos crueles, inhumanos o degradantes centrándose en la imposición de sanciones disciplinarias de aislamiento y traslados gravosos que constituyen la categoría de infracción grave al reglamento de disciplina de los internos.

En el ámbito federal y nacional, de 326 personas que fueron relevadas, 327 fueron aisladas por imposición de sanción disciplinaria con un promedio de encierro de 8 días pero con extremos de 30 y hasta 42 días. Aclaremos que el número de sanciones es mayor que el de personas debido a que el promedio de sanciones aplicadas individualmente es de 1,25³³.

En lo que respecta al ámbito específico de la provincia de Buenos Aires se relevaron 33 unidades: la totalidad de hechos comunicados de aislamientos fueron de 327 y corresponden a 189 hechos por sanciones disciplinarias (que representan un 57, 85)³⁴.

Estos resultados son absolutamente coincidentes con el 56,66% (6.466) que correspondieron a sanciones graves a nivel nacional y de las cuales el 59% importó la permanencia en celda individual de hasta 15 días ininterrumpidos. Recordamos también que en lo que respecta al régimen penitenciario Federal, el 46,8% fueron las sanciones disciplinarias graves y

iento Penal, p. 4.

31. *Ibíd.*, p. 10.

32. PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *Registro Nacional de Tortura y/o Malos Tratos. Informe Anual 2012*, Buenos Aires.

33. *Ibíd.*, p. 59

34. *Ibíd.*, p. 136.

que de dichos casos, 1.319 implicaron sanción de aislamiento entre 11 y 15 días en celda individual, lo que importó un aumento del 8% si lo analizaba con la situación a 2010 en los que se registraba un total de 1.051.

De esta manera, damos por finalizada esta parte del trabajo, aquella que buscaba la explicación de por qué la sanción de aislamiento es la más aplicada en la Argentina y abrimos la última etapa, que se referirá a las consecuencias jurídico-penales de esta realidad carcelaria y expondremos sucintamente cuál ha sido la actitud del Poder Judicial ante la comisión de estos hechos. Señalaremos a grandes rasgos aquellas garantías y principios constitucionales que resultan afectadas por estas características estructurales de las agencias penitenciarias durante los procesos de imposición de sanciones disciplinarias y se comentarán algunas experiencias empíricas que han sido relevadas por instituciones observatorias de contextos de encierro.

IV. La supresión de derechos y garantías constitucionales de las personas privadas de su libertad

Hay una serie de garantías y derechos constitucionales que rigen todo el sistema penal: desde la redacción de una norma (con el principio de máxima taxatividad legal e interpretativa) hasta el momento de cumplimiento de la condena y su respectivo control jurisdiccional (el denominado principio de judicialización).

Estos principios se encuentran receptados tanto en la ley marco de ejecución (24.660) como así en su decreto reglamentario en lo que importa el proceso para la imposición de una sanción disciplinaria.

A. Defensa en juicio

Principio rector en nuestro ordenamiento jurídico (art. 18 de la CN), no sólo aplicable al derecho penal, sino también a otras ramas del derecho, encuentra especial interés en el régimen sancionatorio penitenciario.

Receptado tanto por normas internacionales con jerarquía constitucional como en la ley marco, su análisis es verdaderamente interesante.

En lo internacional, se halla previsto en el punto 30.2 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el I Congreso de la Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, Ginebra, 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en resolución

de 31/07/1957 y 13/05/1977, señala que “Ningún recluso será sancionado sin haber sido informado de las infracción que se le atribuye y sin que se le haya permitido previamente presentar su defensa”.

En nuestro ordenamiento, resulta receptado en el art. 8 del decreto reglamentario 18/97 en el que se establece que “no podrá aplicarse sanción disciplinaria alguna sin la previa comprobación de la infracción imputada, mediante el debido procedimiento establecido en este reglamentado, asegurando el ejercicio de derecho de defensa”.

Pues bien la pregunta clave en el tema: ¿se cumple en los procesos sancionatorios?

La realidad carcelaria demuestra que en casi ninguna oportunidad se respetan los principios que el derecho de defensa entraña. Es más, debido a la inmensa cantidad de casos en los que se producían un evidente violación a las obligaciones contraídas internacionalmente es que la CSJN debió fallar sobre el tema y resolvió el *leading case* “ROMERO CACHARANE”. Allí debió señalar los principios que rigen en la ejecución de la pena como así las garantías que ostentan los internos/as por el solo hecho de ser sujetos de derecho.

La falta de defensa técnica (garantía que ni siquiera está prevista en el decreto reglamentario 18/97), la notificación al interno de la fracción que se le imputa, la posibilidad de realizar descargo y producir pruebas, intervención del juez de ejecución, etc., son continuamente burlados por el personal del servicio penitenciario.

Manifestación de ello lo demuestra la Procuración Penitenciaria de la Nación que en su informe anual 2012 aseguró que “los obstáculos que encuentra la PPN en cuanto a la obtención de la información solicitada al SPF no sólo se evidencia en cuestiones de tiempo, también presenta inconvenientes de contenido: pese a que se explicitaron los datos solicitados, la mayoría de las respuestas recibidas presentaron información incompleta”.³⁵

A medida que las agencias del servicio penitenciario acumulan poder, protegen cada vez más sus logros e intereses autodefinidos e intentan vigorosamente reproducir esa autonomía resistiendo a todo tipo de iniciativa

35. PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *Informe Anual 2012. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales argentinas*. Buenos Aires, 2013. Nota de Ref. N°7, p. 269.

que pudiera ser llevada a cabo por el gobierno político tendiente a erradicarla, reducirla o cercenarla.

Ejemplo de ello es un caso sucedido en la Unidad 7 del SPF. El magistrado a cargo de la ejecución del interno decretó la nulidad de dos sanciones,³⁶ una aplicada en la Unidad 11 que consistió en el traslado a una unidad de régimen más rigurosa (prisión regional del norte) y de otra impuesta en esta última. Al decretarse la nulidad de ambas, se debió reintegrar al interno a su anterior unidad de alojamiento. “El interno no sólo no fue reintegrado, sino que fue sancionado dos veces más en un abierto desafío a la autoridad judicial por parte del servicio penitenciario”.³⁷

B. El juez natural

1. El derecho a la jurisdicción eficaz

“En lo que a la ejecución de las penas privativas de la libertad se refiere, este bloque de constitucionalidad federal contiene pautas de política penitenciaria y reglas sobre la situación jurídica de las personas privadas de la libertad que conforman un verdadero programa constitucional de la ejecución de las medidas de encierro carcelario al que debe adaptarse la normativa inferior sobre la materia.”³⁸

Bovino³⁹ agrega a estos preceptos la exigencia de fiscalización judicial de la privación de la libertad no es sino una manifestación específica del deber estatal de conceder acceso al control judicial de cualquier acto de la administración que afecte o pueda afectar derechos o libertades fundamentales de las personas.

36. Juzgado Nacional de Ejecución Penal N°3. Sentencia Interlocutoria. 4/10/2001. Legajo N°3215.

37. Ramos, F., “El régimen disciplinario penitenciario: teoría y práctica”, *Derecho penal Online*. Publicado el 27/01/2011, p. 7.

38. Arocena, Gustavo, *Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina*, capítulo “Ejecución de la Pena en Argentina”, en Rivera Beiras, Iñaki y Salt, Marcos G., Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, p. 155.

39. Bovino, A., “Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos”, en *Jus-ticia penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 125.

La ley 24.660 viene a regular una serie de axiomas y principios receptados en nuestra CN como también a ciertas normas del derecho internacional de los derechos humanos.

Asimismo, lo ha entendido la CSJN en el fallo anteriormente citado (Romero Cacharane, 2004).

2. *Garantía de imparcialidad*

La CIDH, en cuanto a la imparcialidad e independencia como garantía del debido proceso, expresa “que se debe garantizar que el juez [...] cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial [...] La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia”.⁴⁰

Parece incuestionable la afirmación que en los típicos procesos sancionatorios de la ejecución que en la primer parte se han comentado, el Director del establecimiento penitenciario, por ser el funcionario legalmente competente para dirigirlo, carece de la debida imparcialidad e independencia que requiere para aprobar o no la sanción disciplinaria, más aún si volvemos a mencionar el hecho de que la persona que fácticamente impone la sanción disciplinaria termina siendo el personal penitenciario de bajo rango jerárquico y que, además de afectar el principio acusatorio, también lo hace sobre el de imparcialidad.

La conjunción de intereses que rigen estos procesos tiene por única consecuencia que los derechos y garantías de los que se hallan privados de su libertad estén totalmente vulnerados. Es que en definitiva, tanto el que debiese ejercer la función de acusa (que simbólicamente la representa el sumariante penitenciario) como aquel que debería ser el que decide (el director del establecimiento) persiguen fines idénticos y ninguno de ellos es la averiguación de la verdad, sino sencillamente se busca la imposición de la sanción disciplinaria.

40. AlbanesE, S., “El derecho a la jurisdicción eficaz”, *Garantías judiciales*, Cap. I, Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 23.

Vale aclarar que hablamos en potencial, porque ya hemos demostrado que estos procesos muy pocas veces son practicados y mucho menos lógico parece pedir que los funcionarios intervinientes asuman sus roles conforme a las pautas constitucionales.

3. La aparición de la figura del juez de ejecución y su relación con el principio de imparcialidad

Sucintamente, es necesario hacer referencia a la aparición del juez de ejecución en nuestro ordenamiento jurídico.

Normativamente, la competencia en materia de ejecución penal encuentra su fuente explícita en el art. 30 del Código Procesal Penal de la Nación, en el artículo 490 de ese mismo cuerpo normativo, como también la actual ley de ejecución 24.660.

En lo que respecta al art. 30 del Código Procesal Penal de la Nación: “El tribunal de ejecución conocerá de los asuntos establecidos en el Libro V del Código Procesal Penal”.

En primer lugar, cabe señalar que se le asignarán a este tribunal sólo aquellas cuestiones que conciernen a la ejecución de la pena, pues lo relativo a las condenas pecuniarias y la efectivización de las costas y satisfacción de honorarios es competencia de los jueces civiles. También resulta excluido lo relativo al cómputo de la pena cuya potestad es expresamente otorgada al tribunal en juicio.

“Las resoluciones judiciales firmes dictadas en un procesal penal producen efectos ejecutivos de variada índole, la competencia del juez de ejecución se extiende al control de toda pena privativa de la libertad, sea cual fuere su modalidad de imposición o su tiempo de efectivización.”⁴¹

Por su parte, el art. 490 del CPPN establece: “Las resoluciones judiciales serán ejecutadas por el tribunal que las dictó o por el juez de ejecución, según el caso, el que tendrá competencia para resolver todas las cuestiones o incidentes que se susciten durante la ejecución y harán las comunicaciones dispuestas por la ley”.

Pues bien, arribamos a otro de los puntos que tantos problemas ha traído para la doctrina y la jurisprudencia nacional.

41. D'Albora, A., conf. *op. cit.*, p. 74, comentario al art. 30 del CP. ED.

Si bien la ejecución presenta aspectos de carácter administrativo (ejemplo, la cantidad de personas alojadas en un centro penitenciario, la decisión sobre los traslados, terapia sobre el condenado) *todas las incidencias que se produzcan durante el cumplimiento deben ser resueltas mediante una actividad de naturaleza jurisdiccional que jamás puede ser detraída del conocimiento judicial.*

Dado que la condena o sanción contenida en la sentencia penal debe ser cumplida para la *resocialización del procesado*, los actos jurisdiccionales que proveen a su ejecución constituyen una prolongación del proceso que debe ajustarse a las previsiones de la ley procesal.⁴²

De la interpretación de esta normativa, D'Albora considera que el hecho de mencionar "cuestiones o incidentes" se ha intentado resaltar el carácter amplio de esta competencia.

En consecuencia, el art. 493 del CPPN señala que el juez de ejecución tendrá competencia para:

1°) Controlar que se respeten todas las garantías constitucionales y tratados internacionales ratificados por la República Argentina, en el trato otorgado a los condenados, presos y personas sometidas a medidas de seguridad. [...]; 3°) controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias condenatorias dictadas por el PJN; 4°) resolver todos los incidentes que se susciten en dicho período; 5°) colaborar con la reinserción social de los liberados condicionalmente.

La competencia atribuida expresamente por el art. 493 del CPPN demuestra patentemente la intervención del Juez de Ejecución en lo que respecta al control de la legalidad y garantías del condenado una vez que se haya cumplido la pena privativa de la libertad impuesta.

Según Kent, "...las funciones del juez de ejecución, tanto en el orden nacional cuanto en el federal, no se limitan a la enunciación de los cinco incisos del art. 493 (que se verá a continuación) sino que son abarcativas de todas las disposiciones receptadas en el Libro V, Título II".

La importancia de la jurisdicción en la etapa ejecutiva reside en la atención especial y la voluntad política de contener, en términos de Zaffaroni, las filtraciones del poder punitivo. Es que, en definitiva, se trata de obstruir

42. Clariá Olmedo, "Procedimiento de ejecución", *Derecho procesal penal*, Tomo III, Córdoba, Ed. Córdoba, p. 344.

posibles espacios en los que el poder acusador pueda moverse discrecionalmente y cuyo control pueda extenderse sin que intervengan las autoridades provinciales en lo que respecta a los beneficios que la ley asegura a todos los condenados.⁴³

El párrafo tercero del art. 493 del CPPN anteriormente transcrito no hace más que explicitar la competencia fijada en los artículos 29 de la ley 24.050 y 75 de la ley 24.121⁴⁴ y según comprende el autor citado, el inciso 1 del párrafo tercero se refiere a las garantías constitucionales recogidas en el art. 18 de la CN, en cuanto establece que “...las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos alojados en ellas, y a toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija hará responsable al juez que la autorice”.

Si hacemos un breve análisis de cómo se ha desarrollado la legislación en materia del juez de ejecución descubriremos que con anterioridad a la sanción de la ley 24.660 se llegaba a la conclusión generalizada (y que era apoyada por la doctrina europea), de que la jurisdicción se interpone entre el hecho y la pena, es decir, que la función judicial del Estado en el área de la penalidad comenzaba con la persecución ante los órganos judiciales y finalizaba con la sentencia firme condenatoria o absolutoria.

43. TOC. FED. Mar del Plata. LL del 29/11/1996, f. 94914. Comentado por Kent.

44. Art. 75 Ley 24.121. Juez de ejecución del interior del país – Las funciones del juez de ejecución que establece el Código Procesal Penal de la Nación serán desempeñadas, en el interior del país, por un juez del tribunal oral respectivo, conforme lo determine el órgano judicial competente.

Sus decisiones serán recurribles ante la Cámara Federal de Apelaciones cabecera del distrito o ante el órgano judicial competente, según el caso. En los casos de suspensión del proceso a prueba, las ejercerá el juez que dictó el beneficio.

Art. 29 Ley 24.050. El Juzgado Nacional de Ejecución Penal conocerá los supuestos establecidos en el artículo 30 del Código Procesal Penal.

Será asistido por un Secretario y un equipo interdisciplinario integrado por especialistas en medicina, psiquiatría, psicología, sociología, asistencia social y, en su caso, antropología, quienes deberán reunir las condiciones que determine el Reglamento Judicial.

El Tribunal de Ejecución organizará, en los establecimientos penitenciarios que por su entidad así lo justifiquen, una Oficina a cargo de un funcionario que representará al Tribunal en todo lo concerniente a las potestades que le asigna la ley procesal relativas a la ejecución de la pena [...].

Clariá Olmedo sostenía que esto era relativamente cierto en cuanto implicase el cumplimiento de la pena en sí (cuya sujeción respecta a las leyes penitenciarias) pero que el realidad, “no cabe duda que el Poder Judicial sigue actuando, mediante el ejercicio de la jurisdicción, durante todo el procedimiento ejecutivo de la condena impuesta, alcanzando a su fin cuando esa condena ha sido agotada o extinguida”.⁴⁵

Es el poder jurisdiccional el que ejecuta sus propias resoluciones aunque para su cumplimiento efectivo deba valerse de establecimientos dependientes del PE.

La instauración del juez de ejecución en los artículos 29 y 30 de la ley 24.050 y art. 75 y 80 de la ley 24.121 y la asignación de sus funciones al presidente del tribunal oral, cuando aquel no exista en el interior del país, destacan la importancia que se ha dado a la faz procesal penal de este tramo.

El legislador argentino ha tenido una verdadera intención proteccionista al constituir esta figura pues lo cierto es que en la actualidad, muchos países carecen de ella y nuestro régimen penitenciario o de ejecución parece ser de otro mundo para ellos.

Y cuando decimos que son varios los países que no tienen este órgano judicial, no hablamos de países hermanos, sino de aquellos que en múltiples ocasiones nos han nutrido de sus teorías y prácticas, como por ejemplo, Alemania.

La ley de ejecución nacional prevé diversas cuestiones que están totalmente presentes durante la ejecución y las somete “al permanente control judicial” y es que, en definitiva, “esta magistratura debe tender en el ámbito penitenciario a cerrar espacios en que el poder acusador pueda moverse discrecionalmente, pues dicha atribución se subordina a la existencia de control adecuado para preservar la legalidad [...]”.⁴⁶

45. Clariá Olmedo, Tomo 3, p. 350.

46. D’Albora, A., *Código Procesal Penal Comentado*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009. Comentario al art. 493 del CPPN, p. 911.

4. *La potestad recursiva del sancionado, la inexistencia de efecto suspensivo y la inconstitucionalidad del art. 96 de la ley 24.660. ¿Nuevo camino legal para legitimar la ilegalidad?*

Y para finalizar nuestro estudio, llevaremos todas estas consideraciones de la ejecución, del derecho internacional de los derechos humanos, de los preceptos constitucionales al proceso sancionatorio de la ejecución, pero centrándonos brevemente en el análisis de una cuestión que ha generado muchísima resonancia tanto en la jurisprudencia como en la doctrina y que actualmente desemboca en el pedido de inconstitucionalidad del art. 96 de la ley 24.660 sobre la potestad recursiva del sancionado y los posibles caminos en los que el accionar del poder judicial puede desembocar.

La vía impugnativa se caracteriza por tener un recurso “ordinario, devolutivo, *sin efecto suspensivo*”, salvo que expresamente se lo asigne el magistrado interviniente.

La discusión doctrina es bien fundamentada en la medida en que “contraría un principio general del derecho de las impugnaciones según el cual las resoluciones recurribles no serán ejecutadas durante el término para recurrir y mientras se tramite el recurso”.⁴⁷ Y es que estos principios, según el autor citado, responden a una serie de fundamentos evidentes.

Cuando la ley otorga a un sujeto procesal el poder de impugnar una decisión (si bien este puede renunciar a su potestad o que esta caduque), esta no puede ser ejecutada en la medida que no es inmutable y que por lo tanto puede ser alterada en su mandato y a su vez, puede causar perjuicios a veces, irreparables, que podría ocasionar la no paralización de la actividad que necesariamente debía seguir su pronunciamiento. No bastando la imposición de estas características extrañas para el proceso sancionatorio de ejecución, se añade a la legislación un precepto que se encuentra en franca contradicción con los preceptos constitucionales y los derechos y garantías consagrados internacionalmente en el derecho internacional de los derechos humanos.

El art. 96 de la ley 24.660 señala que la resolución judicial deberá expedirse dentro de los 60 días de interpuesto el recurso. Hasta aquí no hay

47. Arocena, G. A., “El recurso de los internos contra las sanciones disciplinarias penitenciarias”, publicado en Ed. La Ley, 2010, p. 2.

ningún elemento llamativo excepto la imposición de un plazo procesal dirigido a la autoridad jurisdiccional, pero lo que resulta llamativo es que a continuación dicha norma señala que si el juez de ejecución o juez competente no se expidiese dentro de los 60 días, dicha sanción quedará firme.

Verdaderamente es muy interesante cómo una norma consagra la denegación de acceso a la justicia tan abiertamente. Es claro que el derecho de la persona a que una cuestión se dirima en una instancia judicial no se agota con la sola interposición de la petición, sino que también se requiere que efectivamente esta se expida sobre la cuestión que se le pone a consideración.

Cesano ha señalado que “...la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 25). Tal principio no sólo confiere el derecho a un recurso sencillo y expeditivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25. 1), sino que además exige a los Estrados parte “garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal [...] decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso (art. 25.2). La garantía en cuestión no hace otra cosa que exigir a los Estados parte, la previsión de un recurso efectivo”.⁴⁸

V. Conclusión

Este ensayo ha tenido una evidente finalidad al momento de su redacción: estudiar tanto los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos en materia de aislamiento y su utilización como sanción disciplinaria, como también la normativa sistematizada en Argentina para intentar brindar, en base a los datos extraídos de la realidad carcelaria, una posible explicación político-criminológica de nuestra coyuntura actual.

Ciertamente, resultaba sencillo “caer” en discursos abolicionistas que terminen por proponer la eliminación, o al menos la atenuación, del sistema carcelario pero dicho discurso fallaría por dos cuestiones: la primera sería la imposibilidad de su realización en un período de tiempo razonable, es decir, sería plantear un programa político-criminal idílico, ilusorio. Y la segunda cuestión que desaprovecharía esta suerte de “aporte” es que con dicho

48. Arocena, conf. *op. cit.*, p. 3.

discurso se elimina cualquier tipo de elemento de construcción soberana, democrática e igualitaria.

Haber elegido el tema de las sanciones disciplinarias terminó constituyéndose en una estrategia.

Suele ocurrir que al momento en que una persona tiene una primera aproximación al tema de las sanciones disciplinarias, posee una inmensidad de ideas de cómo deben ser las cosas en los contextos de encierro, sobre todo con la multiplicidad de herramientas internacionales en derechos humanos que hoy en día están vigentes y que cuentan con raigambre constitucional.

Uno puede imaginar que el Poder judicial tiene una incidencia mayor en estos procesos, que efectivamente el juez de ejecución vela por la seguridad del interno/a y por el respeto de la legalidad del cumplimiento de la condena, y que el personal policial no actúa tan impunemente, por sentirse “controlado” por otro de los poderes estatales.

Pero lo cierto es que nada de ello es así. Por el contrario, aún se encuentra vigente cierta doctrina que sostiene que la ejecución de la pena constituye una instancia administrativa y, por lo tanto, exenta de la autoridad del juez de ejecución penal.

Podría decirse que con el *leading case* de ROMERO CACHARANE la CSJN ha marcado un límite en esta lucha histórica por quién detenta el poder intramuros, pero debido a la proximidad en el tiempo quizás resulte prematuro afirmarlo.

Retomando la cuestión de la coyuntura nacional, resulta desbordante lo que sucede en la realidad carcelaria y que esta no posee ninguna contención por parte de la doctrina y jurisprudencia y ello termina obligando a atrasar varios pasos en el análisis de aquello que uno mismo imaginaba como “deber ser”.

Es así como el tema de las sanciones disciplinarias, según cómo resultan entendidas por quienes sostenemos esta línea ideológica, se convierten en una suerte de salida, de escapatoria, de posible solución a la violencia institucional desmedida propia de los contextos de encierro. Que en la actualidad constituyan un canal por el cual se administra la mayor cantidad de poder punitivo y que posteriormente pasen a transformarse en un coto a la administración de esa fuerza será un camino verdaderamente largo pero que si cuenta con voluntad política, apoyo de las instituciones democráticas y agrupaciones militantes de la sociedad civil, será posible de recorrer.

Pero para ello necesariamente habrá que realizar una primera gran modificación: quitar el “poder jurisdiccional” que se le ha brindado a las agencias penitenciarias, (específicamente, al Director del establecimiento) y traspasarlo, directamente al juez de ejecución.

Para ello habría que derogar algunas de las normas aquí mencionadas, explicando su contradicción con los preceptos de raigambre constitucional y resignificando el principio de juez natural.

En un segundo momento, sería absolutamente conveniente efectivizar lo señalado en el art. 29 de la ley 24.050 que en su parte pertinente establece: el Tribunal de Ejecución organizará, en los establecimientos penitenciarios que por su entidad así lo justifique, una Oficina a cargo de un funcionario que representará al Tribunal en todo lo concerniente a las potestades que le asigna la ley procesal relativas a la ejecución de la pena. Dicho funcionario será designado por la Cámara Nacional de Casación Penal.

La conveniencia de reglamentar dicho precepto es que permitiría un control más inmediato de la autoridad judicial sobre el desarrollo de estos procesos, facilitaría su intervención en los mismos, e implicaría una observación proveniente de una institución ajena desde el interior de una institución que no quiere abrir sus puertas.

A su vez, mientras se comienza a reglamentar dicho cambio, pues ello implicaría la designación de los funcionarios intervinientes, y la construcción de tales estructuras, también se pueden pensar soluciones que sean aún más realizables en la cotidianeidad.

Ejemplo de ello podría ser que se respete completamente el principio acusatorio. En los procesos de imposición de penas las partes serían el juez de ejecución en lo que atañe la procedencia o no de la sanción, el defensor oficial como representante de su asistido y el director del establecimiento como parte acusadora.

El brindar mayor protección a las personas que se hallan en extrema situación de vulnerabilidad como lo son quienes son privadas de su libertad debe ser nuestra meta diaria y aquello por lo que debemos velar como operadores del sistema jurídico.

El único medio para poder conseguirlo es a través de la visibilización, participación y organización de la sociedad civil en conjunción con los internos/as de lo que allí sucede. No solamente los abogados y abogadas podremos cambiar ese contexto, sino que educadores, jueces, funcionarios y todos y cada uno de los que tiene intervención en dicha etapa deberán ponerse

como bandera de lucha la protección de los derechos de las personas y limitar la continua puja de poder que la institución carcelaria propone desde su construcción.

No será un camino fácil pues se presentarán múltiples obstáculos en su andar, pero las condiciones están dadas para que ese transitar se empiece en la actualidad.

Bibliografía

- Albanese, S., *Garantías judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 2007.
- Arocena, G., “Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina”, en Rivera Beiras, Iñaki y Salt, Marcos G., *Ejecución de la Pena en Argentina*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999.
- Castelnuovo, O.[et. Al.], *Cárceles de mala muerte. Informe (anti) carcelario – Argentina 2010/2011*. AgruPasión por la libertad, Buenos Aires, 2011.
- Clariá Olmedo, J., *Tratado de Derecho procesal penal*. Córdoba, Ed. Córdoba, 1984.
- CONADEP, *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Buenos Aires, Eudeba (reedición) 2006.
- Cuadernillos del Ministerio de Seguridad de la Nación Argentina, “Seguridad y derechos humanos. Herramientas para la reflexión sobre la seguridad ciudadana y democrática”, 2011.
- D’Albora, F., *Código Procesal Penal Comentado*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, 2006.
- Irastoza y Gadano, “Algunas cuestiones procesales sobre la aplicación de las sanciones disciplinarias en el ámbito penitenciario”, Campus Virtual de Asociación Pensamiento penal. Edición 137, 2012. Consultado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/algunas-cuestiones-procesales-sobre-aplicacion-sanciones-disciplinarias-ambito>
- PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *Informe Anual 2012. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales argentinas*, Buenos Aires, 2013.
- Ramos, F., “El régimen disciplinario penitenciario: teoría y práctica”, *Derecho penal Online*. Publicado el 27 de enero de 2011.
- Saín, Marcelo Fabián, “Seguridad, democracia y reforma del sistema policial

en la Argentina”, Fondo de Cultura Económica, 2002.

Tavosnanska, N., *Seguridad y política criminal*, Ed. Cathedra Jurídica, 2006.

Zaffaroni, E. R., *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009.

Zaffaroni, E. R., *Crímenes de masa*, Madres de Plaza de Mayo, 2010.

Zaffaroni, E. R., *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1998.

Zaffaroni, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

El Consejo de la Magistratura y la Corte Suprema de Justicia de la Nación

*Ramón Enrique Trejo**

Resumen

El Consejo de la Magistratura de la Nación fue incorporado por la reforma constitucional de 1994 dentro de la esfera del Poder Judicial, transformándose en una institución novedosa dentro de la organización federal argentina. Anteriormente, la rama judicial sólo estaba a cargo de la Corte Suprema de Justicia, lo que provocó una necesidad de compatibilización entre ambos organismos. En este artículo se hará un repaso de las distintas funciones asignadas al Consejo y su relación con la Corte Suprema, tratando de mostrar cómo ha sido esa convivencia a través de los hechos. En la conclusión se hará un pequeño juicio de valor, englobando a ambos organismos en una visión general sobre el Poder Judicial.

Palabras clave: Consejo de la Magistratura, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Jurado de Enjuiciamiento, gobierno del Poder Judicial, proceso de remoción, administración presupuestaria, control judicial de constitucionalidad, facultades reglamentarias, sanciones disciplinarias a magistrados, proceso de selección de magistrados.

* Abogado y Magister de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, argentino, docente de derecho constitucional Facultad de Derecho (UBA) y Profesor Adjunto de la Universidad Nacional de La Matanza, actualmente funcionario del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, rtrejo@derecho.uba.ar.

The Judicial Council and the Supreme Court of Justice of the Nation

Abstract

The judiciary council was incorporated by the constitutional reform of 1994 within the sphere of the judiciary power, as it became a new institution within the federal argentinian organization. Previously, the judiciary power was in charge of the Supreme Court of Justice, which provoked a need for harmonization between both institutions. In this article we will do an overview of the different functions that were coexistence through facts. What is more, in the conclusion, a short judgment of value will be given, which encompasses both institutions in an overview on the judiciary power.

Keywords: Judiciary Council, Supreme Court of Justice, Special Jury, government of the judiciary power, impeachment process, budget management, judicial review, statutory powers, disciplinary measures on judges, process of selection of judges.

I. Introducción

A poco de cumplirse veinte años de la reforma constitucional de 1994, nos encontramos en la oportunidad propicia para repasar cómo se ha incorporado a la dinámica institucional argentina una de sus mayores innovaciones, como fue el Consejo de la Magistratura. Centro de múltiples controversias, ha sido pasible de innumerables críticas de todo calibre y alcance, referidas a su ubicación dentro de la esfera estatal, su composición, funciones y objetivos, crítica que alcanzó inclusive al mismo constituyente.

El repaso realizado en este artículo se centrará en la relación entre el Consejo de la Magistratura y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ambos organismos ubicados –hoy sin duda– dentro de la esfera del departamento judicial, relación concorde, sin perjuicio de que quizás, se hayan resaltado en estos años sus puntos discordantes.

La Corte Suprema vio en aquel entonces la creación de un órgano constitucional dentro de su esfera de gobierno, a la cual, entre otras, se le dio la función de ejecutar el presupuesto y dictar los reglamentos internos del

Poder Judicial, funciones que la Corte había ejercido con exclusividad hasta ese entonces, lo que implicó un nuevo examen institucional, ejercido de forma permanente.

Las diversas interpretaciones del Consejo señaladas, vinculadas a su ubicación dentro de la esfera estatal, por sus funciones y particular composición lo han catalogado como un órgano extrapoder, es decir, que no pertenece directamente a ninguno de los tres poderes clásicos.¹ Con el devenir de su funcionamiento, ha quedado en claro que pertenece a la esfera del Poder Judicial, con autonomía de organización y funcionamiento.² Cuando se impulsó la creación de este organismo, se afirmó que era una institución ajena a la tradición judicial argentina, al provenir del sistema continental europeo, donde los jueces no tienen el rango estrictamente de un poder del Estado, por lo que allí su creación había significado algún grado de independencia de la judicatura respecto al Poder Ejecutivo.

La opinión del propio Tribunal no se encuentra zanjada en forma clara y precisa con respecto a la extensión y límite de las funciones del Consejo, lo que motiva que las relaciones entre ambos deban ser redefinidas de tiempo en tiempo, cuyo caso emblemático bien puede ser los antecedentes “Rosza”³ y “Rizzo”.⁴

Pero, además, no pueden explicarse algunos puntos de la relación entre los dos organismos, sin hacer mención a las idas y vueltas del legislador, tanto en la puesta en marcha como en las dos reformas sustanciales que innovaron en el funcionamiento del Consejo.

1. Han señalado que al disponer el artículo 87 de la Constitución Nacional que “El Poder Judicial será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación” deja afuera a cualquier órgano que no sea un tribunal, por caso, el Consejo. Cfr. BAZÁN LASCANO, M., “La superintendencia de los tribunales superiores sobre los jueces de primera instancia y la del Consejo de la Magistratura sobre los jueces de todas las instancias”, en La Ley 2002-B-839.

2. Fallos 330: 2351, voto de la mayoría, consid. 11.

3. Fallos 330: 2361.

4. Autos “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c/Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N°3034/13)”, sentencia del 18/05/13.

Dicha innovación, había quedado matizada desde la instauración legal mediante la ley 24.937⁵ con la inclusión del Presidente de la Corte Suprema a la vez como Presidente del Consejo, y por lo tanto, en los hechos, se lograba una compatibilización de las políticas de administración presupuestaria y reglamentarias, un tanto en desmedro de la autonomía funcional del Consejo en favor de la Corte, pero con un canal de diálogo político adecuado.

Con posterioridad, la reforma introducida mediante la ley 26.080,⁶ al quitar al Presidente de la Corte de la órbita del Consejo y decidir que sea el mismo cuerpo quien lo designe por mayoría absoluta de sus miembros, se inicia una etapa donde el Consejo –el cual además había comenzado a hacer valer la experiencia de sus noventa años– de cierta autonomía. A la vez, y como relataremos, el propio Alto Tribunal había delegado algunas de sus dependencias administrativas directamente asignadas al Consejo, con lo cual, se erigía en un órgano administrativo del Poder Judicial. Sin perjuicio de ello, la materia reglamentaria, expresamente detallada en la Constitución en manos del Consejo, sin embargo, no corría tal suerte, estando vedada cualquier intervención a este último en las disposiciones que habían sido materia de reglamentación por parte de la Corte Suprema, especialmente en su Reglamento para la Justicia Nacional.⁷

Así llegamos a la sanción de la ley 26.855,⁸ la cual en su proyecto inicial contempló una total y expresa delegación de las facultades presupuestarias y reglamentarias en manos del Consejo de la Magistratura, pero que al momento de votarse definitivamente, dejó en manos del Tribunal –una vez más– dichas actividades.

¿Qué sucedió con las demás funciones independientemente de la legislación? Las facultades de conformar las ternas de candidatos a jueces mediante concursos públicos para ser remitidas al Poder Ejecutivo Nacional, y de acusar a los jueces mediante un proceso de remoción, así como las de aplicar sanciones disciplinarias a los magistrados también fueron materia de pronunciamientos por parte del Alto Tribunal en casos puntuales donde

5. Sancionada el 10 de diciembre de 1997 - (t.o. 1999) (Adla, LIX-C, 2797).

6. Adla, LXVI-B, 1355), promulgada el 24/02/2006.

7. Acordada 12/1952 y mds.

8. Sancionada el 8 de mayo de 2013.

una vez más se pudo observar la visión que tiene la Corte Suprema del Consejo de la Magistratura.

Por lo cual, repasaremos las distintas funciones constitucionales del Consejo de la Magistratura enmarcadas en el artículo 114 y su relación con la Corte Suprema, tanto en sede administrativa como judicial. Luego haremos referencia al control sobre los fallos del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, y finalmente, concluiremos con la decisión del Alto Tribunal, por medio del cual se expidió sobre la inconstitucionalidad de la recientemente sancionada reforma del Consejo.

No se hará un comentario sobre las aspiraciones del constituyente, sus ideales en la incorporación dentro del sistema institucional argentino, o sobre las falencias de funcionamiento, sino que nos limitaremos al relato de lo que *ha sido* la marcha del Consejo en sus casi quince años de funcionamiento. En razón de ello, se privilegiará como fuente de este artículo las respectivas resoluciones de ambos organismos, junto a las decisiones normativas, sin valorar las opiniones doctrinarias que se han vertido en uno u otro sentido. Cuando se utilicen algunos adjetivos calificativos que conlleven una opinión subjetiva, los mismos serán al solo efecto de destacar los altibajos que se fueron sucediendo en la relación entre ambos organismos y que justamente, la fuente material no los refleja en su totalidad.⁹

La metodología utilizada es la siguiente: se parte de las atribuciones constitucionales del Consejo de la Magistratura, se sigue con su reglamentación legal y administrativa, para después observar qué actitud la Corte Suprema tomó al respecto.

Finalmente, se llegará a una conclusión, la cual trata de valorar la convivencia de los dos organismos constitucionales de gobierno del Poder Judicial.

II. El sistema de selección de Magistrados

El artículo 114 de la Constitución Nacional, en su inciso 1º establece que será atribución del Consejo “Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores” y en su inciso 2º la de “emi-

9. De todas formas, dichos juicios de valor corren bajo la exclusiva responsabilidad de la opinión del autor.

tir propuestas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores”.

Según la normativa constitucional la designación de los magistrados integrantes del Poder Judicial exige la participación de los siguientes órganos: el Consejo de la Magistratura, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo a través de la intervención del Senado. Con lo cual, el Presidente de la Nación nombra los jueces de los tribunales inferiores en base a una propuesta vinculante del Consejo de la Magistratura y el Senado debe prestar acuerdo a tal designación.¹⁰

La ley 24.937 en su redacción original contempló en su artículo 13 las funciones de la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial, englobando dos funciones: la de llevar a cabo los concursos públicos de selección de magistrados, y los cursos de la Escuela Judicial, por lo cual la selección de la terna que se remitirá al Poder Ejecutivo consta de dos grandes etapas originadas en esta Comisión. Por un lado, los candidatos deben rendir un examen de oposición escrito y oral¹¹ de acuerdo a la especialidad del fuero en el cual concursa.¹² Por el otro, deben exponer sus antecedentes, los que serán calificados y se les asignará un puntaje. Sumado los dos puntajes, se forma un orden de mérito, que define quiénes son los candidatos,¹³ que van a conformar las entrevistas personales con la Comisión. A partir de la

10. Cfr. art. 99 inc. 4, Constitución Nacional.

11. El examen dividido en dos etapas, una escrita y otra oral, fue una innovación del reglamento de concursos aprobado por resolución CM 614/09, arts. 30 y ss.

12. El examen se realiza ante un Jurado, sorteado de una lista de que se conforma con jueces y docentes regulares de universidades nacionales, agrupados según la especialidad a la cual se dediquen y de acuerdo al fuero donde se produce la vacante a llenar. Dicho jurado es el encargado de elaborar los temas que se examinan que, a la vez, serán los encargados de calificar los mismos, asignándoles un puntaje. En caso de que existan dudas sobre la corrección, el Consejo sortea entre la lista de jurado a “Consultores técnicos”, que serán los encargados de reexaminar la corrección, y otorgar un nuevo puntaje si fuera necesario.

13. El aspecto de la valuación de los antecedentes encierra aristas un tanto más complicadas. La Comisión de Selección de Magistrados sortea entre sus miembros aquel que será el encargado de formar una lista provisoria, en base a los antecedentes de los candidatos. Dicho consejero califica según las pautas de corrección que forman parte del reglamento de concursos para calificar los antecedentes profesionales, docentes y académicos, con un puntaje determinado según se trate de una vacante en un juzgado de primera instancia o una Cámara de apelaciones.

publicación del orden de mérito, se abren los plazos para la presentación de impugnaciones por parte de los candidatos, que pueden versar sobre la corrección de su propio examen, de la calificación de sus antecedentes, como también la de los demás concursantes. El alcance y corrección de las impugnaciones va a ser motivo de supervisión por parte de una subcomisión especialmente sorteada en el seno de la Comisión, la que aprobará el concurso. Lo que allí se resuelva pasará al Plenario para su posterior aprobación.

Este mecanismo ha sido pasible de múltiples críticas, muchas de las cuales fueron receptadas en las sucesivas modificaciones reglamentarias que afrontó el reglamento de concursos, la mayoría de ellos, vinculados a la lentitud del trámite. A la vez, en reiteradas ocasiones, se han presentado los concursantes ante la justicia, en busca de revisar las decisiones tanto de la Comisión de Selección como del Plenario.

Tal fue el caso de Gustavo Carranza Latrubesse, cuyo caso llegó a los estrados de la Corte Suprema,¹⁴ donde la Comisión de Selección había modificado el orden de mérito fijado por el jurado del concurso y el Plenario posteriormente lo confirmó, en la medida que había tenido en cuenta las entrevistas personales de donde surgió que pesaban sobre el concursante deudas calificadas como “irrecuperables”.¹⁵

Con sustento en el dictamen del Procurador Fiscal, la Corte sostuvo principalmente respecto al alcance de la irrecurribilidad de las decisiones tomadas por el Consejo, que no se configuraba con la exclusión un acto discriminatorio ilegítimo que afectara derechos constitucionales, ya que el proceso de selección implicaba escoger entre candidatos con un cierto margen de discrecionalidad, sin que corresponda aplicar la doctrina de la arbitrariedad.

En referencia al control judicial sobre el procedimiento de selección, fue el voto en disidencia del juez Fayt donde se encontraron mayores fundamentos, especialmente, al resaltar que el nuevo régimen –en alusión al

14. Fallos 329: 1723 (2006).

15. La información había surgido en apariencia del Banco Central de la República Argentina y fue determinante en su meritución para su exclusión de la terna, en la medida que se vería menoscabado su buen ejercicio de la magistratura en caso de padecer una situación patrimonial comprometida por un endeudamiento significativo, capaz de generar un desvelo en el futuro juez.

Consejo— fue pensado por el constituyente como un medio para ofrecerle al ciudadano mejores garantías de un juez imparcial.

El juez Fayt destacó que las decisiones en esa materia son finales como se destaca en el inciso c del art. 13 de la ley 24.937 lo que “...permite concluir que, en vista a la vinculación institucional existente entre el Consejo y esta Corte, se ha preferido descartar la posibilidad de interponer recurso directo alguno ante este Tribunal contra lo decidido por el Plenario de aquel en materia de selección judicial...”,¹⁶ sin que esto signifique situar a los actos realizados en ejercicio de esa función a “extramuros de la Constitución Nacional”.¹⁷

La interpretación que llevó a cabo entonces el juez Fayt giró entonces al marco de discrecionalidad que le otorgó la Constitución Nacional al Consejo para apreciar las cualidades de los candidatos y al procedimiento reglamentado, frente a la “absoluta discrecionalidad” que contaba el Poder Ejecutivo en materia de Selección antes de la reforma constitucional de 1994.¹⁸ Con base en el artículo 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica determinó que no se puede desconocer de plano la posibilidad de que los concursantes puedan impugnar en sede judicial los actos administrativos emitidos en el marco de los procedimientos de selección de los candidatos para magistrados judiciales, sin que esto signifique transformarlo en un “poder invasor” que “...en modo alguno implica desconocer las atribuciones asignadas con carácter final al Consejo de la Magistratura para arbitrar los procedimientos encaminados a ponderar las cualidades científicas y éticas de los candidatos a cargos judiciales...”, y remarcó “...aun cuando se acepte, como se ha visto, la fiscalización judicial de los elementos reglados de las decisiones que sean fruto de tales procedimientos con el fin de verificar en qué medida éstas se ajustaron a las normas pertinentes, cabe poner de resalto, en cuanto atañe a los elementos discrecionales de la decisión adoptada, que existe un definido y connatural ‘núcleo de libertad’ [...] que impone un cuidadoso y enfático resguardo de aquellas facultades privativas”.¹⁹ Incluyó dentro de este núcleo

16. *Ibíd.*, consid. 8.

17. *Ibíd.*, consid. 11.

18. En tal sentido destacó el discurso del Convencional Constituyente del Dr. Paixao para evaluar la actuación del Consejo.

19. *Ibíd.*, consid. 15.

de libertad la valoración de las cualidades de los candidatos, tanto personales como profesionales, cuyas decisiones “continúan siendo función insustituible del Consejo de la Magistratura”.

En su voto en disidencia, el juez Zaffaroni interpretó que hacer mérito de la “condición económica” del candidato lesionaba el principio de reserva contemplado en el artículo 19 CN, configurándose un arbitrario caso de discriminación por razones de naturaleza económica, configurándose de esta manera que exista “...una clase de ‘habilidad económica-financiera’ para poder aspirar y eventualmente ejercer determinados cargos públicos” ante lo cual la Comisión de Selección se excedió de sus facultades regladas, calificándolo como un “arbitrario y retrógrado acto de discriminación”.²⁰

En razón de la organización judicial federal, según la cual los precedentes de la Corte Suprema no son obligatorios en su aplicación para la instancia inferior, pero les impone a los magistrados el “deber moral” de acatamiento de los mismos,²¹ el voto del juez Fayt se integró en las decisiones futuras donde se impugnaba judicialmente las decisiones del Consejo en materia de concursos. De ello, se ha conformado una jurisprudencia según la cual no es función judicial decidir quiénes tienen que integrar una terna vinculante, en la medida que la valoración de los aspirantes y la decisión del orden de mérito correspondiente es una atribución propia privativa y excluyente del Consejo²² sin perjuicio que su control judicial no esté impedido, más allá de su alcance.²³

Tal es así que la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo anuló lo actuado por la Comisión de Selección de Magistrados, en razón de no haber otorgado el fundamento que motivara el rechazo de las impugnaciones por medio de las cuales se había calificado a un concursante, entendido esto como carencia de motivación suficiente del acto administrativo y, por

20. *Ibíd.*, voto del juez Zaffaroni, consid. 9.

21. Fallos 307: 1094 “Cerámica San Lorenzo”.

22. Entre los varios pronunciamientos judiciales al respecto, se pueden señalar el caso CA 24.660/08 “Lanusse, Pedro Pablo c/EN-CM (Concurso 169 -Plenario 4-IX-08) s/amparo Ley 16.986”.

23. Sala I Con. Ad, *in re* “Mattera María del Rosario c/Consejo de la Magistratura Nacional. Resol. 399/01 s/amparo ley 16.968” del 20/11/03; sala V “Peralta, Carlos Luis c/E.N.-P.JN- C. Magistratura- Resol. 122/04 (ex 38/03) Concurso 93 s/amparo ley 16.986”, del 27/04/05.

lo tanto, susceptible de revisión en sede judicial, aunque dicha decisión, en oportunidad de ser revisada por la Corte Suprema, devino abstracta.²⁴

Es decir, finalmente con respecto a esta primera facultad analizada, que ha existido un pleno respeto entre ambos organismos, consolidándose la doctrina según la cual no penetra el control judicial sobre los concursos a magistrados si la decisión adoptada se encuentra debidamente fundada y justificada, resguardando el juicio de discrecionalidad propio del Consejo, equiparando por analogía, a lo dicho por la Corte Suprema respecto de los concursos universitarios.²⁵ Esto, sin perjuicio de señalar que la necesidad de expresar los fundamentos del rechazo de los candidatos es jurisprudencia pacífica que rige actualmente en el sistema de concursos.

III. Subrogancias

Con la puesta en marcha del Consejo de la Magistratura, en la ley 24.937 no se mencionó facultad alguna con respecto a la posibilidad de que el órgano intervenga respecto al nombramiento de jueces subrogantes y conjueces.²⁶

24. Sala I “Marinelli Ernesto Luis C/EN-Consejo de la Magistratura Resol. 495- (Concurso 164) y otros s/amparo ley 16.986”, del 25/08/09. La Corte Suprema expresó respecto a la revisión judicial “...que es inoficioso un pronunciamiento del Tribunal sobre la cuestión –que como federal promueve el Estado Nacional– concerniente a la revisión judicial llevada a cabo por la cámara respecto de la calificación discernida por el jurado del concurso, y considerada válida por el Consejo de la Magistratura, a la prueba de oposición rendida por el actor”, CSJN, sentencia del 8/02/11.

25. Aunque se reitera, como la propia Corte Suprema ha remarcado, que dicha regla no es obstáculo para que se ejerza judicialmente el control de legalidad de los actos administrativos dictados en el curso de aquellos, cuando sean manifiestamente arbitrarios. Conf. Fallos 314: 1234; 317: 40.

26. Para referirnos a los jueces subrogantes, debemos hacer un análisis histórico de la legislación que, con mayor o menor precisión, reguló la designación de los mismos. Las leyes 4.055 (8 de enero de 1902) y 4.162 (29 de diciembre de 1902) de organización de la Justicia Federal en todo el territorio nacional, establecieron cómo se integran los conjueces de las Cámaras y el orden de prelación en caso de recusación, impedimento, vacancia o suplencia de miembros de la Corte Suprema y las Cámaras Federales. Entrado el siglo XX, el decreto-Ley 12.85/58 –(Adla, XVIII-A, 587) 4 de febrero de 1958– de organización de la Justicia Nacional y Federal en todo el territorio nacional, estableció la designación

La ley 25.876²⁷ incluyó un nuevo inciso, el N°15, al art. 7 de la Ley del Consejo de la Magistratura 24.937 y de esta manera atribuyó al Plenario la facultad de “dictar los reglamentos que establezcan el procedimiento y los requisitos para la designación de jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión de su titular y transitorios en los casos de vacancia para los tribunales inferiores”.

En virtud de esta nueva atribución, el Consejo de la Magistratura Nacional dictó la resolución 76/04 –de fecha 18/03/04– por la cual se aprobó el Reglamento de Subrogaciones de los tribunales inferiores de la Nación, efectuando, a partir de la aprobación del citado Reglamento, numerosos nombramientos de magistrados subrogantes.

Sin embargo, algunos tribunales penales se pronunciaron por la nulidad de los actos procesales practicados por los jueces subrogantes designados por el Consejo de la Magistratura Nacional, al no haber sido nombrados conforme a lo dispuesto por la Constitución Nacional.²⁸

Como consecuencia de dichos fallos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó la acordada 7/2005, por la cual se dispuso “mantener la validez de las actuaciones cumplidas o a cumplir por los subrogantes designados

de conjueces de la Corte Suprema. Posteriormente, la ley 20.581 (28 de noviembre de 1973) reglamentó la suplencia de los jueces federales en las Provincias y en el territorio nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud. La regulación contenida en el decreto 1285/58 y algunas normas dispersas, básicamente, contemplaba tres posibilidades para reemplazar interinamente a los jueces ausentes o los cargos vacantes: a) que un juez se haga cargo de un segundo juzgado; b) que se convoque a un magistrado jubilado (ley 24.018, Adla, LI-D, 3907); c) que se convoque a un abogado de la matrícula en el caso de la Justicia Federal del Interior del país, ya sea para una causa determinada o para hacerse cargo de toda la tarea, y también para la Corte Suprema, los que reciben el nombre de “conjueces”. Así, por ejemplo, desde antaño los abogados de la matrícula pueden y han sido conjueces, sin acuerdo del Senado. Los fiscales y defensores, hasta la sanción de la ley 24.946 (ley orgánica del Ministerio Público –Adla, LVIII-A, 101), podían reemplazar a los jueces (ley 20.581, Adla, XXXIV-A, 19, actualmente derogada por la ley 26.376), a pesar de que no tenían acuerdo del Senado.

27. Sancionada el 17/12/2003, promulgada el 19/01/2004, y publicada en el B.O. el 22/01/2004) (Adla, LXIV-A, 156).

28. Así, por ejemplo, se expidieron la Sala V de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, el 15/02/2005 en el precedente “Jaime, Arnaldo” (LA LEY, 2005-B, 335), o el Tribunal Oral Criminal N°9, el 24/02/2005 en la causa N°2112 (LA LEY, 2005-C, 130).

con arreglo al reglamento aprobado, en los términos del art. 7, inc. 15, de la ley 24.937, texto según ley 25.876, por la resolución N°76/2004 del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, hasta tanto se agoten en cada caso las vías recursivas ordinarias y extraordinarias procedentes y se decida en definitiva”. La Corte Suprema aclaró en el considerando 5) de la citada Acordada que no se abría “juicio respecto de la constitucionalidad de las normas cuestionadas, que deberá resolverse por la vía legalmente contemplada”.

Allí, la Corte Suprema expresó que, ante la posibilidad de que tales decisiones judiciales conllevaran a la paralización de la justicia, cabía tomar en consideración la existencia de una “...antigua y pacífica tradición legislativa de habilitar para el cumplimiento de funciones jurisdiccionales a personas que no contaban con acuerdo del Senado ni con nombramiento del Poder Ejecutivo...” sin que tal proceder haya sido tachado de repugnante a la Constitución, señalando que de impugnarse el procedimiento podrían anularse sentencias pasadas a autoridad de cosa juzgada, afectando gravemente la seguridad jurídica. De allí que, sin pronunciarse respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de tal sistema, y en razón de ser cabeza de uno de los poderes del Estado, entendió que poseía atribuciones suficientes para evitar el caos institucional, ordenando mantener la validez de las actuaciones cumplidas o a cumplir por los jueces subrogantes, “hasta tanto se agoten en cada caso las vías recursivas ordinarias y extraordinarias procedentes y se decida en definitiva”.

Posteriormente, con la sanción de la ley 26.080, se derogó el inc. 15 del art. 7, por lo que en el texto de la nueva ley, el Consejo de la Magistratura carecía expresamente de la atribución de dictar el reglamento de subrogancias que había introducido la mencionada ley 25.876, quedando un claro vacío legal.

En este contexto la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura expresó en el Acta N°4/2006 –de fecha 28/02/06– que hasta que el Congreso dicte una ley en esta temática, el Reglamento de Subrogancias aprobado por el Consejo de la Magistratura mantenía su vigencia.

A raíz de ello, con posterioridad, la Corte Suprema, a través del fallo “Rosza”,²⁹ se pronunció por la inconstitucionalidad del Reglamento de Su-

29. Fallos 330: 2361.

brogancias dispuesto por la resolución N°76/04 dictada por el Consejo de la Magistratura, pero al mismo tiempo, conservó la validez de las actuaciones cumplidas por los jueces subrogantes. El fallo se compuso de un voto de mayoría, conformado por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, el voto por sus fundamentos del juez Fayt, y el voto en disidencia de los jueces Zaffaroni y Argibay; por el contrario, el dictamen del Procurador General de la Nación se inclinó por la constitucionalidad del régimen de subrogaciones, afirmando que “el procedimiento diseñado por el CM por medio de la resolución 76/2004 encuentra fundamento en las facultades organizativas que le confiere la Constitución Nacional en el art. 114, inc. 6°, así como, mientras estuvo vigente, el citado inc. 15 del art. 7°, en la ley que regula su organización y funcionamiento”.

El voto mayoritario fundamentó la inconstitucionalidad del Reglamento de Subrogancias dictado por el Consejo de la Magistratura en que “no se adecua a los parámetros constitucionales”,³⁰ ya que no observa el procedimiento diseñado por nuestra Constitución Nacional para la designación de magistrados, a través de un proceso de selección a cargo del mencionado Consejo de la Magistratura y la posterior propuesta del Poder Ejecutivo Nacional y el acuerdo del Senado, lo cual implica un verdadero acto complejo; a su vez, el voto de mayoría sostuvo la conservación de las actuaciones practicadas por los jueces subrogantes, afirmando que “la autoridad institucional de este fallo no privará de validez a los actos procesales cumplidos de conformidad con las normas en vigor”, motivando tal validez en “elementales razones de seguridad jurídica”.³¹ Concluyó disponiendo que los jueces subrogantes continuarán en el ejercicio de su cargo hasta que cesen las razones que originaron su nombramiento o hasta que sean reemplazados o ratificados “mediante un procedimiento constitucionalmente válido”, aunque fijándoles un plazo máximo de duración de las subrogancias, que no podrán ir “más allá del término de un año”, debiendo ponerse este fallo en conocimiento del Poder Ejecutivo Nacional, del Congreso de la Nación y del Consejo de la Magistratura.³²

30. *Ibíd.*, consid. 19.

31. *Ibíd.*, consid. 20 y 21.

32. *Ibíd.*, consid. 22.

El voto del juez Fayt señaló que la última reforma al Consejo de la Magistratura –por entonces, mediante la ley 26.080– no contempló facultad alguna para el dictado de reglamentos de subrogancias, por lo que “es incontrastable que, desde el punto de vista legal, el sistema hoy carece de vigencia”, agregando que el sistema establecido por el reglamento de subrogancias es “abiertamente inconstitucional”, ya que se “afecta el procedimiento claramente establecido por nuestra Constitución para el nombramiento de magistrados, desconociéndose así la garantía del juez natural, con grave menoscabo al principio de división de poderes”; sin embargo, al igual que el voto mayoritario, también se expidió por mantener la “validez de los actos procesales cumplidos” por los jueces subrogantes.³³

El voto en disidencia de los jueces Zaffaroni y Argibay fundamentó la constitucionalidad del sistema de subrogaciones en que “resulta un complemento indispensable del procedimiento constitucional para la designación definitiva de jueces, no obstante lo cual el uso abusivo de este instrumento auxiliar, sostenido en el tiempo, conduce lisa y llanamente a la consolidación definitiva de un sistema distinto al previsto en la Constitución”.³⁴

Expresó que el soporte legislativo del Reglamento de Subrogancias que dictó el Consejo de la Magistratura fue derogado por la ley 26.080, desprendiéndose que “la ley 26.080 ha generado un vacío legislativo quitándole sustento legal a la competencia otorgada al Consejo en cuyo ejercicio éste aprobó el régimen de subrogancias”, por lo que resulta impostergable que el Congreso de la Nación establezca el marco legal para el funcionamiento en lo sucesivo del sistema de subrogancias.³⁵

El precedente “Rosza” por un lado declaró la inconstitucionalidad del Reglamento de Subrogancias, pero por otro mantuvo la validez de los actos procesales realizados por los jueces subrogantes por “elementales razones de seguridad jurídica”. Pero la cuestión no quedó allí, ya que en los hechos, si bien resolvió una cuestión jurisdiccional, se transformó a la postre en un procedimiento administrativo propio de la esfera interna de organización del Poder Judicial.³⁶

33. *Ibíd.*, consid. 20 y 23 del voto del juez Fayt.

34. *Ibíd.*, consid. 12 del voto de los jueces Zaffaroni y Argibay.

35. *Ibíd.*, consid. 8.

36. Hasta la sanción de la ley 26.855, la Corte Suprema convalida mediante su actuación

Lo curioso del fallo es que si bien históricamente los alcances de las sentencias del Tribunal Supremo tenían efectos *inter partes* –exceptuando algunos casos donde se involucraban derechos de incidencia colectiva–, en esta decisión, los contornos del “caso” llegado a conocimiento del Tribunal se han desdibujado, extendiendo sus efectos a una multiplicidad de causas similares. Es claro advertir el mayor alcance del fallo, al resolver “mantener en el ejercicio de sus cargos a quienes hayan sido designados para ejercer la función jurisdiccional en los tribunales que se encuentran vacantes”, o cuando se expide con relación a la validez de los actos, pareciera ser una combinación entre una suerte de acordada y una sentencia con efectos que se hacen extensivos a todos los que se encuentren en aquellas circunstancias.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia dictó la acordada 16/07, por medio de la cual, dispuso que “a) Hasta que entre en vigencia el nuevo sistema de designación o hasta el 24 de mayo de 2008, los subrogantes actualmente en ejercicio cesan indefectiblemente al expirar el plazo por el cual fueron nombrados, o cuando concluyan las razones que motivaron su designación, en todos los casos, ser reemplazados por un magistrado titular

administrativa lo mismo que criticó oportunamente en el caso “Rosza”, encontrándose en la misma encrucijada: con jueces que han sido nombrados por un mecanismo que no se ajusta a la Constitución Nacional, reconocido incluso por la misma Corte, pero que, no obstante, continúan administrando justicia, con la consiguiente lesión a la garantía constitucional a contar con un “juez independiente”, que consagran expresamente los pactos internacionales con jerarquía constitucional, atento a que la independencia del magistrado está determinada por su forma de designación. Cabe señalar, que hasta la entrada en vigencia del nuevo régimen normativo, nuestro Máximo Tribunal, a fin de evitar que ciertas situaciones transitorias que pudieran presentarse dieran lugar a consecuencias frustratorias de garantías constitucionales o de atolladero institucional en la administración de justicia, dictó la Acordada 10/08, prorrogando las designaciones de todos los jueces subrogantes durante ese ínterin así como la aplicación de las sucesivas acordadas dictadas hasta la implementación del procedimiento de reemplazo previsto por la ley. Podría concluirse este relato señalando que el fallo “Rosza” tuvo por único fin concreto eliminar los órganos que constitucionalmente se encargan del procedimiento, y entre ellos, al más sensible, cual es el Consejo de la Magistratura, que cuenta con una Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial destinada a ese solo efecto. En la actualidad, el mismo órgano que eliminó el sistema de subrogancias, esto es, la Corte Suprema, ejerce de facto junto a las Cámaras la designación de los jueces subrogantes por vía reglamentaria, sin intervención alguna de los órganos constitucionales previstos para la conformación del acto, y que, fuera la base de su crítica cuando se expidió jurisdiccionalmente.

en actividad, nombrado de conformidad con la Constitución Nacional o por un magistrado jubilado en igual situación o por uno designado mediante un procedimiento que se adecue a los parámetros constitucionales” y “b) en aquellas jurisdicciones donde no exista alternativa alguna para cubrir la vacante del modo indicado, ante supuestos de extrema urgencia y gravedad institucional, se deberá realizar la consulta a esta Corte”. Acto seguido, la Corte Suprema emitió la acordada 22/07, donde dispuso que la subrogación en aquellos casos donde tenga asiento un único juzgado federal de primera instancia con competencia múltiple, la correspondiente subrogación será ejercida por un conjuer sorteado de la lista de abogados; donde haya dos o más juzgados, será cumplida por los otros magistrados o si no fuera posible, un abogado de la lista. En los casos de los tribunales del interior del país, el tribunal colegiado se integrará con los jueces titulares o subrogantes de la misma jurisdicción, y ante el caso de que hayan intervenido o se encuentren recusados o excusados, por un abogado de la lista. A la vez, extendió el nombramiento que prevé la acordada 16/07 no sólo a los magistrados de primera instancia, sino también a los de instancia superior. En dicha acordada, el voto de la jueza Argibay señaló “...la inexistencia de objeciones constitucionales para que abogados sean designados transitoriamente como jueces subrogantes, a pesar de no haber intervenido en dicho procedimiento el titular del PEN ni el Senado de la Nación”.

Finalmente, la acordada 24/07 estableció que las listas de abogados efectuadas en la acordada 22/07 comprenden a los secretarios judiciales de ambas instancias.³⁷

En el año 2008 se dictó la ley 26.372, que dispuso un sistema de subrogancias en los Tribunales Orales los cuales se integrarán “con los jueces que hayan sido designados de acuerdo al procedimiento previsto en la Constitu-

37. Las acordadas 16/07, 22/07 y 24/07 Corte Suprema de Justicia de la Nación cayeron en la misma crítica que se hizo en el fallo “Rosza”, al establecer que se puede designar subrogantes a Secretarios, quienes no tienen ni terna del Consejo, ni designación por el Ejecutivo, ni Acuerdo del Senado. Las leyes 26.372 y 26.376 aún no han mostrado una aplicación completa, puesto que para la designación de conjuerces, los mismos deberán sortearse de una lista que elabora el Poder Ejecutivo y a la cual le presta acuerdo el Senado; y el Poder Ejecutivo aún no ha elaborado la misma para todas las jurisdicciones; por ello, muchas designaciones se siguen haciendo con arreglo a las Acordadas de la Corte Suprema del año 2007.

ción Nacional, a cargo de: 1. Los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de la jurisdicción, teniendo prelación los jueces de las ciudades más cercanas. 2. La Cámara Federal de Apelaciones de la jurisdicción, salvo que hayan conocido previamente en la causa elevada a juicio de tal forma que se encuentre comprometida su imparcialidad. 3. Los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de la jurisdicción más próxima”, y en su artículo 2º dispuso que “De no resultar posible la integración mediante el procedimiento previsto precedentemente, se procederá a la designación de un subrogante, por sorteo, entre una lista de conjuces confeccionada por el Poder Ejecutivo nacional. A esos efectos el Poder Ejecutivo nacional confeccionará cada TRES (3) años, una lista de conjuces, que contará con el acuerdo del Honorable Senado de la Nación. Los integrantes de la misma, serán abogados de la matrícula federal que reúnan los requisitos exigidos por la normativa vigente para los cargos que deberán desempeñar. Se designarán entre DIEZ (10) y VEINTE (20) conjuces por cada Cámara Nacional o Federal, según las necesidades de las respectivas jurisdicciones”. De esta manera, el procedimiento de designación quedó a cargo de la Cámara Federal de Casación Penal pudiendo, por avocación, intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación y su duración es “exclusivamente por el tiempo demandado para resolver las causas mediante el dictado de una sentencia definitiva que ponga fin al proceso”. Además, mediante la ley 26.376 se completó el sistema de subrogancias para los jueces de primera instancia, nacionales o federales. La lista de conjuces está compuesta entre diez y treinta por cada Cámara Nacional o Federal, según la necesidad de las respectivas jurisdicciones. Este sistema arrojó un manto de dudas, principalmente, en su aplicación fáctica.³⁸

38. Donde la Cámara de la Jurisdicción procede a la designación de un subrogante de acuerdo al siguiente orden: a) Con un juez de igual competencia de la misma jurisdicción, teniendo prelación el juez de la nominación inmediata siguiente en aquellos lugares donde tengan asiento más de un juzgado de igual competencia; b) Por sorteo, entre la lista de conjuces confeccionada por el Poder Ejecutivo nacional, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 3º de la presente ley. Pero, para el caso de subrogancias de los integrantes de las Cámaras de Casación o de Apelación, Nacionales o Federales, se aplicará el procedimiento previsto en el artículo 31 del Decreto-Ley Nº1285/58 y si ello no resulta posible, se realizará el sorteo entre la lista de conjuces prevista en el artículo 3º, igualmente aplicable a los Tribunales Orales en lo Criminal, en lo Penal Económico y de Menores con asiento en la Ciudad de Buenos Aires. Esta lista de conjuces la elabora el Poder Ejecutivo Nacional cada TRES (3), que contará con el acuerdo del Honorable Senado de la Nación, integrada

A fines del año 2012, la Corte Suprema se expidió además, en el amparo presentado por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional contra el artículo 2º de la ley 26.372 y 3º de la ley 26.376 los cuales entendían que quedaban fuera de la lista de conjuceces los “secretarios judiciales”, aun los que estuviesen matriculados como abogados de la matrícula federal como eventuales subrogantes.³⁹ En dicha oportunidad, con base en la doctrina de la igualdad señalada en el emblemático caso “Partido Nuevo Triunfo”,⁴⁰ desechó la acción de amparo en el entendimiento de que no parecía arbitrario ni razonable la decisión del legislador al contemplar una lista de abogados “...extraños a la estructura del Poder Judicial es una de las alternativas racionalmente sostenibles para evitar agudizar y extender la situación excepcional derivada de una vacancia transitoria en el cargo de juez [...] sin ofender las garantías consagradas por la Constitución Nacional a favor de los justiciables ni la distribución de competencias que la Ley Fundamental realiza entre los Departamentos del Gobierno Federal”, y remarcó la “situación excepcional” resultante de la decisión tomada en el caso “Rosza”, rechazando la participación de los secretarios, a los cuales había aceptado en la acordada 22/2007.⁴¹

Este sistema de retazos legales, jurisprudenciales y reglamentarios encontró, mediante la ley 26.855 de reciente reforma del Consejo de la Magistratura, un nuevo capítulo, ya que incluyó entre sus facultades las de “Dictar los reglamentos para la designación de jueces subrogantes y designar jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión del titular y en casos de vacancia para los tribunales inferiores de acuerdo a la normativa legal vigente”.⁴² Es decir, que volvieron las facultades de nombrar a los jueces subrogantes al Consejo, de acuerdo a la lista de conjuceces que se elabore el Poder Ejecutivo, estando en la actualidad pendiente su reglamentación.

por abogados de la matrícula federal que reúnan los requisitos exigidos por la normativa vigente. Ver, por ejemplo, la acordada 6/11 de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal. Ver además la resolución 2374/2004 de la Corte Suprema de Justicia.

39. CSJN, “Asociación de Magistrados y Funcionarios c/E.N. - ley 26.372 artículo 2º s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 4.12.12.

40. Fallos 332: 433.

41. *Ibíd*, consid. 12.

42. Actual artículo 7, inciso 9 de la ley orgánica del CM.

Este recorrido normativo demuestra a las claras que la falencia o falta de trámite en la designación de jueces subrogantes no se debe a una falla propia del Consejo de la Magistratura, sino del conjunto de las instituciones tanto del Poder Judicial, Legislativo como Ejecutivo, cada cual en sus respectivas competencias. La problemática de la subrogancia no resulta un tema sencillo de resolver, pues se trata de una cuestión política complicada, en la que se haya involucrado el elemental “derecho a la jurisdicción”, aquella garantía de juez natural que establece el artículo 18 de la Constitución Nacional, y donde los dos organismos han tratado de buscar una solución armónica.

IV. La función acusatoria ante el Jurado de Enjuiciamiento y su revisión

Entre las facultades del Consejo de la Magistratura establecida en el art. 114, se encuentra la de “Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente” –inciso 5.

El Consejo de la Magistratura cuenta para tal función con la Comisión de Disciplina y Acusación, entre cuyas competencias se encuentra, las de llevar a cabo el procedimiento acusatorio.⁴³ Una vez sustanciado dicho procedimiento en la Comisión, pasa al Plenario del Cuerpo para su consideración, que en caso de ser aprobado, será remitida al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.⁴⁴ Originariamente, existían dos comisiones en el seno del Con-

43. Conf. arts. 2, 12 y 14 de la ley 24.937 y mds.

44. Art. 7 inciso, 15 que entre las facultades del Plenario establece: “Decidir la apertura del procedimiento de remoción de jueces titulares, subrogantes y jubilados convocados de acuerdo al artículo 16 de la ley 24.018 previo dictamen de la Comisión de Disciplina y Acusación, formular la acusación correspondiente ante el Jurado de Enjuiciamiento, y ordenar, en su caso, la suspensión del magistrado. A tales fines se requerirá una mayoría absoluta del total de los miembros. Esta decisión no será susceptible de acción o recurso judicial o administrativo alguno. La decisión de abrir un procedimiento de remoción no podrá extenderse por un plazo mayor de tres (3) años contados a partir del momento en que se presente la denuncia contra el magistrado. Cumplido el plazo indicado sin haberse tratado el expediente por la comisión, éste pasará al plenario para su inmediata consideración”. Cabe aclarar, como se explicará sobre el final de este artículo, que la mayoría

sejo, una referida al procedimiento disciplinario y otra exclusivamente para el proceso acusatorio, que fue unificada mediante la reforma operada por la ley 26.080 y mantenida en la reciente reforma de la ley 26.855.

Puntualmente con respecto a la función acusatoria, la Constitución Nacional ha establecido la forma republicana de gobierno basada en la división de los poderes del Estado, a fin de establecer un delicado equilibrio de atribuciones específicas y controles recíprocos, para garantizar el funcionamiento armónico del sistema.⁴⁵

La garantía de defensa en juicio y del debido proceso se hallan situadas en la base de la institución republicana, y también se encuentra presente en la organización del proceso de remoción de magistrados. Esto tiene como correlato que el pronunciamiento del órgano juzgador se ciñe solamente a los hechos que integran el objeto procesal –la remoción del magistrado–, a cuyo respecto la acusación produce el informe final, respondiendo al sistema de pesos y contrapesos que hacen a la esencia de la división de funciones en el sistema acusatorio. En tal sentido es conteste la doctrina acerca de la necesidad de que la acusación sea precisa y clara,⁴⁶ en la medida que la precisión del acto acusatorio, de cualquier modo, es un requisito tradicional del derecho procesal penal liberal.

En concomitancia con la manda de la Constitución Nacional, la ley del Consejo de la Magistratura atribuye al Plenario del cuerpo las facultades de decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, la que

absoluta establecida por la reciente reforma de la ley 26.855, se encontraba supeditada a la nueva integración dispuesta por esa ley, que ha sido declarada inconstitucional por parte de la Corte Suprema. Ver *supra*, apartado xi.

45. Doctrina del voto del juez Zaffaroni en el fallo “Brusa” de la Corte Suprema. Ver *supra* apartado iv.

46. Las citas doctrinarias de las sentencias del Jurado de Enjuiciamiento se ciñen a esta tesis. Cfr. NICETO ALCALÁ -ZAMORA Y CASTILLO - RICARDO LEVENE (H), *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1945, III, p. 173. Es decir, que se debe precisar el concepto en la acusación, que sea clara, completa, circunstanciada y específica. Cfr. CLARÍA OLMEDO, J. A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1964, IV, pp. 407 y ss., expresaba textualmente Florian: “No hay por qué decir lo nocivas y contrarias a la civilidad que son las acusaciones vagas y elásticas, y de las que la historia ofrece ejemplos en el campo religioso, filosófico y político, con el efecto de dificultar la defensa y de abrir margen al arbitrio judicial”, FLORIAN, E., *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad. de L. Prieto Castro, Barcelona, 1933, p. 387.

deberá efectuarse previo dictamen de la Comisión de Disciplina y Acusación, formulando la acusación correspondiente ante el Jurado de Enjuiciamiento, y ordenando luego –en su caso– la suspensión del magistrado, siempre que la misma se ejerza en forma posterior a la acusación del imputado. A tales fines se requerirá una mayoría de dos tercios de miembros presentes.⁴⁷ Dicha decisión, se aclara “no será susceptible de acción o recurso judicial o administrativo alguno”.

Ahora bien, cabe señalar aquellos casos en los cuales la decisión de acusar y suspender a un juez ante el Jurado de Enjuiciamiento fue pasible de revisión ante la Corte Suprema.

La Corte Suprema había esbozado su postura en el precedente “Gerardo Walter Rodríguez”⁴⁸ con anterioridad al funcionamiento del Consejo de la Magistratura, que a la fecha del fallo no había sido reglamentado su

47. Art. 7, inc. 7 de la Ley 24.937 y mds. Para el Cómputo de la mayoría necesaria, ver *supra* apartado xi. Conforme lo establecido en su artículo 12, la Comisión de Disciplina y Acusación estará integrada de la siguiente manera: dos senadores nacionales, dos diputados nacionales, dos jueces, un representante del ámbito académico y científico, un representante del Poder Ejecutivo y un representante de los abogados de la matrícula federal. De acuerdo a lo establecido por el art. 10 y subsiguientes del Reglamento de esta Comisión –resol. CM 272/09– en cuanto a la metodología de trabajo de la Comisión, corresponde señalar que, una vez ingresados los expedientes –luego de cada reunión ordinaria– se lleva a cabo un sorteo público de los mismos a fin de adjudicarlos a un consejero informante. La función del informante es, en primer lugar, verificar el cumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 5 del Reglamento de la Comisión por parte del denunciante y en su caso requerir el cumplimiento de dichos requisitos. En segundo lugar, proponer la desestimación *in limine* de aquellas denuncias que resultan manifiestamente improcedentes, cuando sólo se exprese la mera disconformidad con el contenido de una resolución judicial, o no se cumplieran los referidos requisitos establecidos en el art. 5 del reglamento a pesar de la intimación cursada. Los consejeros informantes pueden proponer las medidas de prueba que consideran pertinentes y necesarias para la correcta investigación de los hechos denunciados, lo que no obsta que cualquier otro consejero pueda hacerlo aunque no sea el informante designado por sorteo. Todo lo señalado no es óbice para que determinados expedientes, atento su complejidad, sean instruidos por más de un consejero o –en su caso– por el pleno de la Comisión. Si dos o más denuncias tuvieran por objeto el mismo hecho, se acumularán por resolución del Cuerpo a los fines de su tratamiento conjunto. De idéntica manera se procede en los casos en que la Comisión considera que existen elementos de conexidad subjetiva que así lo ameriten, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 9 del reglamento de la Comisión.

48. Fallos 318: 219 (1995).

funcionamiento pese a haber operado la reforma constitucional, con lo cual, la Cámara de Diputados de la Nación seguía ejerciendo la función acusadora para los jueces inferiores.

Allí expresó que “corresponde al Senado, constituido en tribunal, juzgar en ‘juicio público’ a los acusados por la Cámara de Diputados, en proceso que culmina con un ‘fallo’. De ello se desprende que el juicio, con las exigencias propias del respeto al derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional), se desarrolla ante el tribunal de enjuiciamiento dispuesto por la Constitución [...] Por lo demás, ni aun la resolución que dispone el sometimiento a juicio político puede ser sometida a control de los jueces, habida cuenta que su apreciación compete constitucionalmente al Senado de la Nación, constituido en tribunal”. El voto del juez Boggiano fue más allá y remarcó que pretender revisar la acusación que se formula ante el Senado no sería una revisión judicial propiamente dicha sino “...una suerte de instancia originaria de la Corte...” y que la intervención judicial está sujeta a la decisión definitiva que pronuncie el Senado⁴⁹ señalando que las investigaciones de la conducta del magistrado que realicen la Cámara de Diputados o la comisión constituyen actos preparatorios o instructorios de un enjuiciamiento, al margen de la revisión judicial.⁵⁰

Con motivo de la acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento por parte del Consejo, la jurisprudencia de la Corte Suprema le ha asignado un alcance restringido al control judicial donde se ventila la responsabilidad política de los magistrados, y ha rechazado su revisión por considerar que la misma no constituye sentencia definitiva.⁵¹ Mantuvo su doctrina según la cual “...el juicio político, con las exigencias propias de respeto del derecho de defensa (art. 28 de la Constitución Nacional), se desarrolla únicamente ante el tribunal de enjuiciamiento dispuesto por la Ley Suprema...”,⁵² que “...podrán

49. *Ibíd.*, voto del juez Boggiano, consid. 7º.

50. *Ibíd.*, consid. 9º.

51. F. 548. XLV. Recurso de hecho en “Faggionato Márquez, Federico Efraín s/pedido de enjuiciamiento - expediente Consejo de la Magistratura 170/2005 y sus acumulados (ref. expediente 28/09 Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados) Causa N°2841/05”.

52. Fallos 326: 3066 (2003). El voto del juez Maqueda señaló además que “...las decisiones que adopta el Consejo de la Magistratura, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el inc. 5 del art. 114 de la Constitución Nacional, no revisten el carácter de *jurisdiccionales* a los efectos del art. 14 de la ley 48...” (resaltado propio), cuya opinión el juez ha

ser eficazmente reeditadas en oportunidad de impugnarse en la instancia del art. 14 de la ley 48 el eventual pronunciamiento destitutorio que dictare el Jurado de Enjuiciamiento”.⁵³

Como se puede observar, no ha existido un despliegue jurisdiccional considerable sobre esta competencia del Consejo. De todas maneras, desde su instalación, la Comisión de Acusación del Consejo de la Magistratura ha formulado 39 acusaciones por mal desempeño, de las cuales sólo 17 alcanzaron un fallo destitutorio del Jurado.⁵⁴ En 9 ocasiones, los magistrados renunciaron a su cargo, para lo cual debe prestarse atención a otra función que cumple la acusación del Consejo, la cual comprende que ante una decisión de seguir adelante con la actividad acusatoria, los magistrados optan por renunciar al cargo y evitar el peso de un fallo destitutorio. En ninguno de estos casos, la Corte Suprema varió su jurisprudencia.

V. El concepto de “mal desempeño en el ejercicio de sus funciones” como causal de destitución

Las causales de remoción de magistrados se encuentran planteadas en el artículo 53 de la Constitución Nacional, pudiendo los magistrados inferiores ser sometidos al proceso de remoción por ante el Consejo de la Magistratura, encargado de formular y sustanciar la acusación, junto a la

sostenido en todas las oportunidades que le tocó resolver.

53. 344.XLV “Solá Torino, José Antonio s/ pedido de enjuiciamiento”, sentencia del 8 de septiembre de 2009, reiterado en “Yanzón, Rodolfo y González Vivero s/ denuncia”, considerando 4° del voto de la mayoría; considerando 4° del voto concurrente de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda, Fallos 331: 104 y Fallos 326: 3066 “Recurso de hecho deducido por Eduardo Mario Favier Dubois en la causa Garber S.A. - Gutiérrez Arturo M.C. c/ Titular del juzgado Comercial N°9 - Eduardo Mario Favier Dubois”. Lo cual es curioso, en la medida que al reiterar lo que podría considerarse una doctrina “pacífica” de la Corte respecto a la revisión de las decisiones del Consejo de la Magistratura, señaló que “esta Corte no está facultada para entender en recursos interpuestos contra resoluciones que provienen, como en el caso, de organismos que no pertenecen al Poder Judicial de la Nación o de las provincias...” siendo que en reiteradas oportunidades, como se destacó en la introducción, se encargó de señalar que el Consejo se halla dentro del departamento judicial (consid. 2º, resaltado propio).

54. Conf. memoria anual del Consejo de la Magistratura 2011, resol. CM 89/12.

suspensión de los magistrados que integran el fuero federal, a excepción de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A tal fin, los mismos responden por “...mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes...”, y son acusados ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, que tiene por único fin removerlo del cargo.⁵⁵ Es decir, son dos aspectos diferentes: por un lado el mal desempeño, y el otro, la comisión de delitos, en el ejercicio de su función o crímenes comunes.

Como consecuencia del modelo constitucional, correspondiente con el sistema procesal acusatorio señalado, al menos claramente en la etapa plenaria que impera durante la actividad del Jurado, se derivan las diferentes competencias funcionales de acusar, defender y juzgar, del cual el ejemplo paradigmático es el juicio político y el enjuiciamiento de magistrados de las instancias anteriores a la Corte Suprema. Al ser un proceso donde un órgano acusa (el Consejo de la Magistratura) y el otro juzga (el Jurado de Enjuiciamiento), se garantiza la imparcialidad en la decisión final y el ejercicio adecuado del derecho de defensa del magistrado sometido a enjuiciamiento.

De las dos causales, es el concepto de “mal desempeño” el más complejo de evaluar, al intervenir en este aspecto los tres órganos, Consejo, Jurado y Corte. Por lo tanto, cuando la Corte Suprema se expresa sobre el contenido o significancia del concepto de “mal desempeño”, se realiza un despliegue institucional sensible, ya que es una oportunidad donde el Tribunal realiza una revisión sobre lo que, en definitiva, le corresponde por determinación del constituyente a otros órganos. ¿Qué es lo que se quiere decir con esto? Una de las principales funciones del Consejo de la Magistratura al formular la acusación –y la principal del Jurado al juzgar– es determinar en qué medida, qué casos, cuál es la sustancia y qué conducta de hecho puede ser susceptible de vencer una de las garantías de la judicatura, como es la duración en su cargo, justamente, mientras dure “su buena conducta”, tal cual reza el artículo 110 de la Constitución Nacional.⁵⁶ En esa tesitura, cuando el tribu-

55. A tal efecto, el artículo 115 establece que “...Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado...”.

56. Garantía que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido como “esencial para el ejercicio de la función judicial”. Ver Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N°107, párr. 171; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N°135, párr. 145, y Caso Reverón

nal aborda revisar y determinar si se ha configurado la causal mencionada, está poniendo la revisión de todo el actuar de los dos órganos, las razones de su convencimiento y con ello, el riesgo de suplir una competencia ajena a sus estrados. Es menester, antes de seguir, prevenir que este control no equivale a intromisión por parte de los tribunales constitucionales en terrenos reservados a otros poderes del Estado.⁵⁷ Sólo ponemos el acento en la actividad hermenéutica para no reducir mecánicamente el carácter valorativo y por ende político de toda interpretación jurídica, debido a que la jurisdicción crea un derecho de la misma manera que la legislación.

En el enjuiciamiento de magistrados rige la máxima que asegura la separación de funciones y la imparcialidad de las decisiones, las que deben ceñirse a los hechos que han sido objeto de acusación y mantenidos al alegar. Por su parte la garantía de la defensa en juicio, debe ser respetada en los enjuiciamientos de magistrados con el mismo rigor y con las mismas pautas elaboradas por la Corte Suprema en numerosos pronunciamientos.⁵⁸ Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica⁵⁹ al resolver el caso de la destitución de magistrados del Perú expresó: “Las garantías de debido proceso propias de los procesos judiciales se han expandido al ámbito de cualquier proceso o procedimiento que afecte los derechos de una persona; al ejercer potestades discrecionales el Estado debe actuar conforme a la legalidad, siguiendo los criterios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, y siempre se debe respetar el debido proceso. En especial, en los procedimientos sancionatorios las potestades deben ser absolutamente regladas y conforme al debido proceso”.⁶⁰

Trujillo Vs. Venezuela, Sentencia de 30 de julio de 2009, Serie C N°197.

57. A tal fin, se puede citar a Capelletti, quien lo define como un contrapeso al crecimiento de los demás poderes. Cfr. CAPELLETTI, M., “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Humanos*, Madrid, Ed. CEC, 1984, p. 604.

58. Fallos 310: 2845, voto de los jueces Petracchi y Bacqué; “Nicosia”, Fallos 316: 2940; “Brusa”, Fallos 326: 4816. citados.

59. Cfr. “Gioldi”, Fallos 318: 514, considerando 11°.

60. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de los Magistrados del Tribunal Constitucional “Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano vs. Perú”, sentencia del 31 de enero de 2001.

Tanto el Consejo de la Magistratura al formular la acusación, como el Jurado de Enjuiciamiento al llevar adelante el proceso de remoción, se hicieron eco en sus inicios de las precisiones formuladas por la Corte Suprema al referirse al *mal desempeño*.⁶¹

La Corte en “Magín Suárez”⁶² –con anterioridad a la instalación del Consejo– se pronunció con respecto al concepto de mal desempeño, y realizó un detalle histórico de las distintas alocuciones que el término fue teniendo inclusive en el propio texto constitucional, en el cual “mala conducta” y “falta de cumplimiento de los deberes a su cargo” se encuentra comprendida en una suerte de género-especie.

Joaquín V. González, quien a su vez se remite a la Comisión Examinadora de la Constitución Federal designada en 1860 por el Estado de Buenos Aires, expresó que “...los actos de un funcionario que pueden constituir ‘mal desempeño’, son aquellos que perjudiquen el servicio público, deshonren al país o la investidura pública e impidan el ejercicio de los derechos y garantías de la Constitución [...] En este orden de ideas, el concepto de ‘mal desempeño’ en términos constitucionales, guarda estrecha relación con el de ‘mala conducta’, en la medida de que en el caso de magistrados judiciales, el art. 45 de la Constitución [actual art. 53] debe ser armonizado con lo dispuesto por el art. 96 [actual 110] que exige la buena conducta para la permanencia en el cargo de aquellos. En la Constitución Nacional hay dos tipos de causales de destitución que deben diferenciarse: por un lado, las vinculaciones al ‘mal desempeño’ o ‘mala conducta’; por otro, la comisión de delitos, ya sea en el ejercicio de funciones, o se trate de crímenes comunes [...] Es así que las del primer grupo, ‘mal desempeño’ o ‘mala conducta’, no requieren la comisión de un delito, sino que basta para separar a un magistrado la demostración de que no se encuentra en condiciones de desempeñar el cargo en las circunstancias que los poderes públicos exigen; no es necesaria una conducta criminal, es suficiente con que el imputado sea un mal juez. Puede entonces apreciarse que las referidas causales de remoción

61. Cfr. resoluciones CM 14/01; 359/01; 408/01; 79/03; 237/03; 377/03; 373/04; 509/04; 510/04; 37/06, 91/06, entre otras.

62. Fallos 310: 2845.

tienen un sentido amplio, son imputaciones de conducta en el desempeño de las funciones”.⁶³

Ni bien entrado el funcionamiento del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, se esforzó por definir el concepto de mal desempeño, utilizando para esto los precedentes “Nicosia”⁶⁴ y “Powell vs. Mc Cormack”,⁶⁵ del Tribunal Norteamericano. Subrayó que el concepto indeterminado refleja “...el designio constitucional de otorgar al órgano juzgador la apreciación razonable y conveniente de las circunstancias que pueden caracterizar dicha conducta”.⁶⁶ Destacó para esto que la causal de “mal desempeño” no puede tipificarse, en consonancia con el artículo 53 de la Constitución Nacional, por lo cual tampoco pueden preverse todas la cuestiones fácticas que integren el mismo.

La causal de mal desempeño derivó de la inclusión de la misma en la Constitución norteamericana, al incorporarla al juicio político como una de las causales de destitución. El debate deducido en la Convención Constituyente de Filadelfia mostró los modelos posibles del *impeachment* que se tenían en cuenta. En ese sentido, Madison veía en la Suprema Corte el tribunal más apto para el juzgamiento político, mientras que Hamilton sostuvo el énfasis en la necesaria intervención de la Cámara de Representantes, en razón de su representación popular.⁶⁷ En *El Federalista* N°65, Hamilton señaló respecto de la naturaleza del juicio político: “...los temas de su jurisdicción son aquellas ofensas que proceden de la mala conducta del hombre público, o, en otras palabras, del abuso o violación de alguna confianza pública. Ellos son de una naturaleza que puede con peculiar propiedad ser denominada política, en tanto se relaciona a perjuicios cometidos inmediatamente contra la sociedad misma”, quedando plasmado en la Constitución Federal en el Artículo I, secciones 2 y 3. Por su parte, el Artículo II, sección 4,

63. Fallos 310: 2845, consid. 11.

64. Fallos 316: 2940.

65. 395 U.S. 486 (1969).

66. Causa N°3 J.E. “Víctor Hermes Brusa”, Consid. 30. En el caso, al magistrado se lo removió del cargo en razón de haber omitido prestar el auxilio en un accidente que lo tuvo por victimario, y a la postre, hacer valer su condición de juez para obstaculizar la investigación en su contra.

67. *Ibíd.*, consid. 31.

dispone: “El Presidente, el vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos serán removidos de sus funciones mediante acusación y condena de traición, cohecho y otros crímenes o delitos”. La determinación de las causas del juicio político dio lugar a un debate considerable en la Convención de Filadelfia. Según la propuesta original, se podía acusar y remover a un funcionario por “mala conducta o corrupción” o por “mala práctica o negligencia”. Más tarde, se cambió el término por el de “traición, cohecho y corrupción” y, por fin, por “traición y cohecho”, solamente. En la redacción final del artículo la cuestión quedó definida como “traición, cohecho u otros crímenes graves y delitos”. A su vez, el Artículo III, sección 1, de la Constitución de los Estados Unidos establece “Los jueces, de la Suprema Corte y de los tribunales inferiores permanecerán en sus funciones mientras dure su buena conducta...”. Finalmente quedó establecido que el *impeachment* es un remedio constitucional dirigido a corregir agravios al sistema del gobierno. La cuestión central no reside en el aspecto criminal; de allí que el motivo de mencionar específicamente a la traición y al cohecho no es en razón de su calidad delictiva, sino porque conciernen a errores que subvierten la estructura del gobierno o minan la integridad del cargo o la Constitución misma.

Dicho concepto fue receptado en la Constitución Argentina, poniendo de manifiesto una distinción con la Constitución norteamericana, en cuanto a que en esta hay dos causales específicas, como la traición y el cohecho, y otra caracterizada con la expresión “y otros delitos graves o menores”; nuestra Constitución, en cambio, en el artículo 53, establece expresamente las tres causales de enjuiciamiento.

Pero a la vez, el Jurado señaló que no puede ser causal de mal desempeño el examen del contenido de las sentencias que dictan los magistrados. En el caso “Bustos Fierro”⁶⁸ precisó que la imputación de mal desempeño fundada en la ignorancia del derecho concerniente a errores en la tramitación de las causas, que pueden ser subsanadas por la vía jurisdiccional, no puede ser considerada. Señaló que el “...fin último de la independencia de los jueces es lograr una administración imparcial de justicia, fin que no se realizaría si los jueces carecieran de plena libertad de deliberación y decisión en los casos que se someten a su conocimiento. Es obvio que este presupuesto necesario de la función de juzgar resultaría afectado si los jueces

68. Causa J.E. N°3, “Ricardo Bustos Fierro”.

estuvieran expuestos al riesgo de ser removidos por el solo hecho de que las consideraciones vertidas en sus sentencias puedan ser objetables...” para agregar que “...es obvio que el posible error de las resoluciones cuestionadas en materia opinable, con prescindencia del juicio que pueda merecer lo decidido respecto de su acierto, no puede determinar el enjuiciamiento del magistrado, sin que a ello obste la circunstancia de que el tribunal de grado haya declarado las nulidades mencionadas por el denunciante”.⁶⁹

En consecuencia, para el Jurado de Enjuiciamiento, no puede ser causal de destitución el contenido de las sentencias por parte de los magistrados, en la medida que significaría afectar la independencia de su cargo. Pero, vale remarcarlo, que el escrutinio de la conducta de los jueces es más estricto que el de los ciudadanos, “...toda vez que su función hace que les sea exigido un comportamiento distinto –cuando no, superior– al resto de la comunidad y ello, no tan sólo en los aspectos concernientes al desempeño de sus específicas y tutelares misiones sino abarcativa de las restantes facetas de su vida”,⁷⁰ sin que esta independencia en la elección del criterio jurídico sea utilizada por parte del juez para ampararse cuando el conjunto de actos que acreditan la intención de favorecer a una de las partes. En la opinión del Jurado, esto trasciende la mera discusión sobre el derecho aplicable al caso.⁷¹

La definición del concepto no es en sí mismo un juicio de valor sobre la aplicación del derecho, o las dificultades de la función jurisdiccional, sino que busca determinar si hay incompatibilidad entre un determinado juez y la justicia, si son excusables sus fallas, si hay ruptura entre su personalidad y la dignidad del servicio. Esa dignidad, por otra parte, no es un decoro formal de ritos vacíos o de alejamiento, sino el sustento moral de la capacidad, la independencia y la disponibilidad del juez para la solución equitativa de los conflictos.⁷²

Siguen de esta manera el Jurado y el Consejo la doctrina establecida por la Corte Suprema, y esta la vez, la va revalorizando y consolidando, sin que existan puntos en conflicto.

69. *Ibíd.*, consid. 10.

70. *Ibíd.*, voto del Dr. Ameal. Causa JE N°4 “Mirta Torres Nieto”.

71. Causa JE N°24, “Federico Felipe Terán” y Causa JE N°15 “Juan José Mahdjoubián”.

72. Causa JE N°10 “Roberto José Marquevich”.

VI. Revisibilidad de los fallos del Jurado de Enjuiciamiento

El artículo 115 establece que “Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios”. La acusación se perfecciona en dos momentos procesales distintos. Uno de ellos es la presentación de la acusación formulada por el plenario del Consejo de la Magistratura (art. 26 inc. 2º de la ley 24.937) y el otro es la producción en forma oral del informe final (inc. 6º ley citada), acto este último que habilita la decisión del Jurado.⁷³

En el caso “Brusa”,⁷⁴ la Corte Suprema confirmó su jurisprudencia anterior, pese a la reforma constitucional de 1994, en relación a la revisibilidad judicial de las sentencias dictadas en los procesos de remoción de magistrados. Con anterioridad a la reforma de 1994, la Corte se había expedido en los casos “Graffigna Latino”⁷⁵ y “Nicosia”.⁷⁶ Estableció una doctrina jurisprudencial en la cual la revisión sólo alcanzaba al examen del trámite del juicio político en particular, al resguardo de las garantías constitucionales de defensa en juicio. No está de más recordar que la constitución en su artículo 115, estableció especialmente la irrecurribilidad de la sentencia del Jurado de Enjuiciamiento.

73. Cabe agregar que la exigencia de “acusación”, en resguardo de la defensa en juicio y la imparcialidad como condiciones del debido proceso, presupone que dicho acto provenga de un tercero diferente de quien ha de juzgar acerca de su viabilidad, sin que tal principio pueda quedar limitado a la etapa del “debate”, pues su vigencia debe extenderse a la etapa de los informes finales. Si como en el caso, el acusador limita su alegato a determinados hechos independientes, el juzgador no puede suplantarlos en su rol, sin romper el juego de equilibrio entre partes, resignando la imparcialidad y afectando las garantías que la Constitución Nacional y la ley consideran vigentes desde la imputación. Cfr. J.E. N°10 “Marquevich”.

74. Fallos 326: 4816 (2004).

75. Fallos 308: 961 (1986).

76. Fallos 316: 2940 (1993).

Pero en “Brusa”, la Corte Suprema reafirmó su doctrina previa a la reforma constitucional, acudiendo a la autoridad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta causa se sostuvo que el Jurado de Enjuiciamiento no puede ser considerado un tribunal de justicia *stricto sensu*, en la medida que no integra el Poder Judicial.⁷⁷ Se puede concluir que a criterio de la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema el Jurado de Enjuiciamiento es un “tribunal de justicia”, pero no un “órgano del Poder Judicial”. Esto es trascendente, en la medida que impide considerar que el magistrado destituido haya accedido a un órgano judicial, como parte esencial de su derecho a la tutela judicial efectiva que le reconocen el art. 18 de la CN y el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica.

En cuanto al proceso de remoción en sí mismo, se lo considera un proceso de responsabilidad política sujeto a las reglas del debido proceso legal. Es decir, que el tribunal goza de amplias facultades discrecionales en la apreciación de la responsabilidad política de la actividad llevada a cabo por los magistrados que forma parte de la pieza acusatoria.⁷⁸ Los procedimien-

77. El tribunal sostuvo que “No puede dudarse de que se trata de un tribunal, en sentido lato. El procedimiento ante él debe asegurar el derecho de defensa del acusado y ajustarse a normas procesales determinadas (art. 25 y ss., ley 24.937; ver también el Reglamento Procesal del Jurado de Enjuiciamiento en Fallos 322: 26). Su actividad culmina con el dictado de un fallo (art. 25 cit.). empero, no podría sostenerse que se trata de un órgano judicial en sentido estricto, según lo exige la Convención Americana (conf. *Supra*, consids. Precedentes). En efecto, como resulta claramente de la exposición hecha en el seno de la Convención Constituyente de 1994 por el convencional Armagnague (informante del despacho mayoritario que resultó aprobado) “la naturaleza del jurado de enjuiciamiento va a ser mixta. Su composición, desde luego, será política – a través de los legisladores– pero también de naturaleza normativa –si vale la expresión– porque van a estar los abogados de la matrícula, y los propios jueces, quienes indubitablemente se van a preocupar por garantizar el derecho de defensa”. Voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni, consid. 8º.

78. El Tribunal de Enjuiciamiento así lo ha expresado precisando la naturaleza del proceso de remoción de magistrados al ampliar lo expresado en “Brusa”: “El proceso de remoción es un juicio de responsabilidad política con sujeción a las reglas del debido proceso legal, en el que el fallo debe tener fundamentación suficiente por exigencia constitucional y que son los hechos objeto de acusación los que determinan el objeto procesal sometido al Jurado y sus causales las que taxativamente establece el art. 53 de la Carta Magna: mal desempeño, delito cometido en el ejercicio de las funciones o crímenes comunes [...] Las pruebas deben ser valoradas con un criterio de razonabilidad y justicia con miras a la protección de los intereses públicos”. *In re* “Bustos Fierro”.

tos que rigen los procesos de remoción son distintos a los procesos judiciales estrictos, principalmente en lo que hace a la apreciación de las pruebas, y, finalmente, a la materia que puede ser objeto de revisión judicial.

En referencia a las garantías del acusado, el mismo Jurado sostuvo en el caso “Brusa” que “La garantía de la defensa en juicio y el debido proceso de remoción de magistrados debe ser respetada con el mismo rigor y con las mismas pautas elaboradas por la Corte en numerosas decisiones (arg. de Fallos 310: 2845, voto de los jueces Petracchi y Bacqué). Dicha garantía requiere que el acusado sea oído y que se le dé ocasión de hacer valer sus medios de defensa en la oportunidad y forma prevista por las leyes de procedimientos (Fallos 310: 2845), principios que han sido recogidos por el Reglamento Procesal de este Jurado. Cualquiera fuese el contenido que pueda dársele al llamado aspecto ‘político’ del enjuiciamiento previsto por el art. 115 de la Constitución Nacional, no cabe duda de que son los hechos objeto de la acusación los que determinan el objeto procesal sometido al juzgador, en el caso, el Jurado; y las causales son las que taxativamente enumera el constituyente en el art. 53; mal desempeño, delito cometido en el ejercicio o crímenes comunes [...] La garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino a través de un proceso llevado en legal forma y que concluye con el dictado de una sentencia fundada, recaudos que según ha sentado la Corte no rigen exclusivamente en el ámbito de los procesos judiciales, sino que deben ser de inexcusable observancia en toda clase de juicios (Fallos, 317: 874, voto del juez Moliné O’Connor, consid. 12). Asimismo, la citada garantía incluye la posibilidad conferida a las partes de plantear cuestiones esenciales que hagan al correcto ejercicio de los respectivos ministerios y su debido tratamiento por el órgano juzgador”.⁷⁹

El carácter irrecurrible de la sentencia del Jurado fue la doctrina sostenida por la Corte en la etapa de “Graffigna Latino” citada, e incluso esa postura fue la receptada por la reforma de 1994, en consonancia con la doctrina de la Suprema Corte norteamericana. En el caso “Nixon”,⁸⁰ dicho tribunal estableció –en la que sigue siendo su doctrina actual– que “La revisión

79. Caso Brusa citado, considerandos 3º, 4º y 9º.

80. “Nixon vs. United States” 506 U.S. 224 (1993).

judicial sería inconsistente con la insistencia de los constituyentes de que nuestro sistema debe caracterizarse por controles y contrapesos. En nuestro sistema constitucional, el enjuiciamiento político fue diseñado para ser el único control de la rama judicial por la legislatura. Sobre la responsabilidad judicial Hamilton escribió: ‘Las prevenciones respecto de su responsabilidad se hallan en el artículo referente a enjuiciamiento político. Ellos pueden ser acusados por mala conducta por la Sala de Representantes, y juzgados por el Senado, y, si resultan culpables, pueden ser separados en sus funciones y descalificados para desempeñar cualquier otra. Esta es la única previsión en esta materia, que es consistente con la necesaria independencia de la judicatura, y es la única que puede hallarse en nuestra constitución respecto de nuestros jueces’ [...] La intervención del Poder Judicial en el trámite de enjuiciamiento político, aun solamente para concretar su revisión, suprimiría el importante control constitucional creado por los constituyentes para los jueces”.

En el caso “Nicosia”, la Corte expresó que “La Constitución Nacional ha conferido al juicio político una naturaleza que no debe necesariamente guardar apego estricto a las formas que rodean al trámite y decisión de las controversias ante el Poder Judicial”, y dicha afirmación es el criterio seguido por algunos jueces de la Corte.⁸¹ Por lo cual estableció una revisión limitada. Así en el citado “Brusa” se remitió al caso en cuestión al señalar que la “limitada inspección en modo alguno podrá sustituir el criterio del jurado en cuanto a lo sustancial del enjuiciamiento, es decir el juicio sobre la ‘conducta’ de los jueces, aspecto ajeno a la competencia de la Corte, a la que sí corresponderá el eventual examen sobre si en el proceso respectivo existió alguna violación a la garantía de defensa en juicio”.⁸²

81. Los Dres. Petracchi y Zaffaroni en “Nicosia” y los Dres. Belluscio y Maqueda en “Brusa” citado.

82. Para esto, citó el caso “Powell v. McCormack” de la Suprema Corte de los Estados Unidos antes mencionado, en el que la Cámara de Representantes excluyó a un diputado electo impidiéndole así ocupar su escaño, por razones ajenas a los requisitos previstos en la Constitución norteamericana para el ejercicio de sus funciones. Al respecto tuvo por ilegal la exclusión impugnada, considerando que el Artículo I, sección 5 es “a lo sumo una clara atribución” al Congreso para juzgar “sólo las calificaciones expresamente expuestas en la Constitución”.

El juez Maqueda estableció que “En los términos del art. 115 de la Constitución Nacional las decisiones del Jurado de Enjuiciamiento son sentencias definitivas irrecurribles, sin perjuicio de que tal principio general ceda cuando se acredite violación al principio de defensa y al debido proceso legal. Supuestos estos que habilitarán el recurso extraordinario federal para ocurrir ante esta Corte y con el único objeto de reparar eventuales afectaciones a aquellas garantías constitucionales. Empero, quien pretenda el ejercicio de tal control ha de demostrar –recurso extraordinario mediante– en forma nítida, inequívoca y concluyente un grave menoscabo a las reglas del debido proceso que, asimismo, exhiba relevancia bastante para variar la suerte de la causa (Fallos, 291: 259; 292: 157 y 316: 2940, entre muchos otros) [...] La alta función encomendada al Jurado de Enjuiciamiento no se asimila en este caso al de un tribunal judicial ordinario y, naturalmente, no es posible extrapolar el sistema legal y jurisprudencial que ha elaborado este Corte para el examen de aquellos casos en los que se plantea la existencia de cuestión federal o se invoca la existencia de arbitrariedad en las sentencias apeladas [...] La valoración de las causales de remoción son ajenas a la revisión judicial... En efecto, corresponde esencialmente al Jurado de Enjuiciamiento el examen acerca de la oportunidad del inicio del proceso de enjuiciamiento, la ponderación acerca de la admisibilidad y procedencia de las pruebas ofrecidas, y la valoración de las conductas examinadas en el curso del juicio de remoción. Son todos ellos aspectos esencialmente excluidos del control judicial y como consecuencia necesaria, ajenos al recurso extraordinario salvo que se presenten los supuestos mencionados en el considerando precedente [...] la doctrina de las cuestiones políticas limita el control judicial respecto a las decisiones de aquellos organismos –como el Jurado de Enjuiciamiento– a los cuales la Constitución misma ha querido excluir de una revisión similar a la que se efectúa respecto de las decisiones dictadas por tribunales ordinarios. No es posible pasar por alto este mandato constitucional y la sustancia política de los actos no es susceptible de ser examinada en los términos pretendidos en el recurso extraordinario, salvo que se pruebe la violación del debido derecho al proceso, que tal violación sea flagrante y que haya resultado decisiva para decidir en contra de las pretensiones del recurrente. Todo lo demás es una cuestión vinculada a la esfera interna del Jurado de Enjuiciamiento que al referirse al ejercicio de su competencia exclusiva está sometida al criterio de ponderación del propio cuerpo sin forma jurídica precisa, ya que lo atinente a la subsunción de los

hechos en las causales constitucionales de destitución por juicio político y, desde luego, la apreciación de la prueba de las acciones u omisiones que habrían motivado la acusación y la puesta en funcionamiento del proceso, constituyen ámbitos reservados por la Constitución Nacional al exclusivo y definitivo juicio del Senado y del Jurado de Enjuiciamiento (arts. 59 y 115 CN), según corresponda (conf. Fallos, 314: 1723; 317: 1098 y 316: 2940 voto de los jueces Belluscio y Levene)”.

También, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Tribunal Constitucional Peruano citado, al analizar el alcance del art. 25 de la Convención Americana, ha establecido que los actos del proceso de destitución de los magistrados que se hallan sometidos a normas legales que deben ser observadas pueden ser objeto de acción o *recurso judicial* en lo que concierne al debido proceso pero, al mismo tiempo, ha reconocido expresamente que ese control no implica valoración alguna sobre actos de carácter estrictamente político atribuidos por la Constitución al Poder Legislativo. Con lo cual “...no podrá la Corte Sustituir el criterio del jurado en cuanto a lo sustancial del enjuiciamiento, esto es, la conducta de los jueces”.⁸³

Además de los precedentes “Nicosia” y “Brusa”, se fueron consolidando junto a las decisiones recaídas en oportunidad de revisar los fallos del Jurado “Murature” y “Torres Nieto”.⁸⁴ Al plantearse el caso “Torres Nieto”,⁸⁵ la Corte expuso que no podían ser aplicados al caso en razón de no haberse acreditado la afectación del debido proceso, planteando la nulidad de la sentencia por la ausencia de dos miembros del Jurado en la deliberación y sentencia e inadecuación en la valoración de las pruebas. Con respecto a la integración, quórum y decisiones, señaló que las disposiciones regla-

83. Fallos 326: 4816, “Brusa”, consid. 9º.

84. A partir del precedente “Nicosia” se hizo extensible mutatis mutandi a las destituciones de magistrados nacionales llevadas a cabo por el Senado de la Nación, la doctrina que venía sosteniendo en materia de enjuiciamiento de jueces pertenecientes al ámbito de las provincias, según la cual lo decidido resulta revisable en la instancia del art. 14 de la ley 48 siempre que se invoque por el interesado la violación de la garantía constitucional de defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Ley Fundamental (ver, asimismo, Fallos 330: 725; y causas T.819.XLII “Terán, Felipe Federico”, sentencia del 22 de julio de 2008, y G.1777.XLI “Galeano, Juan José”, sentencia del 9 de marzo de 2010, voto del juez Lorenzetti) (consid. 4º, “Solá Torino”).

85. Fallos 330: 725 (2007).

mentarias del Jurado de Enjuiciamiento exigen distintas mayorías sin que impongan la necesidad de que participen la totalidad de sus miembros, ya que ese razonamiento implicaría reconocer “...un poder mayúsculo a una minoría de tres jurados a pesar de que en una deliberación ella sería insuficiente para impedir una decisión destitutoria propuesta por una mayoría de dos tercios”, partiendo de la premisa que lo referente a la constitución y composición de los tribunales de la causa, al igual que las formalidades de la sentencia y el modo de emitir el voto son cuestiones ajenas al recurso extraordinario.⁸⁶ Con respecto a la valoración de la prueba realizada por el Jurado, la materia no es justiciable, pues de lo contrario, el criterio de la Corte sustituiría al de jurado para decidir la remoción o absolución de los magistrados imputados y además “...no hay cuestión justiciable acerca de la valoración de los aspectos sustanciales del enjuiciamiento”.

En “Solá Torino”,⁸⁷ donde se había decidido la remoción del magistrado en razón de haber actuado parcialmente en el legajo de una persona condenada y prófuga, se pronunció el tribunal expresando que su revisión implica “...que no se trata de que el órgano judicial convertido en un tribunal de alzada sustituya al criterio de quienes por imperio de la ley están encargados en forma excluyente del juicio de responsabilidad política del magistrado”, subrayando que no le corresponde “...la apreciación de los extremos fácticos o de derecho que han llevado al jurado al juicio de remoción e inhabilitación...”. El recurso se había fundado en la falta de parcialidad del órgano juzgador, en la medida que había estado condicionado por “un clamor sectorizado e ideologizado”, patentado en “...el escaso interés demostrado en el debate por parte de algunos miembros del jurado, al no formular preguntas a los testigos, o retirarse temporariamente uno de sus integrantes mientras

86. *Ibíd.* Consid. 8º. Reiterado por la Corte en “Benítez, Omar Danilo c/ Consejo de la Magistratura - TE (exp. 1/05) - res. 2/06 y 10/06” donde la decisión se había originado en el Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público de la Nación y en las causas P.1163. XXXIX “Paredes, Eduardo y Pessoa, Nelson s/ queja e inconstitucionalidad”; “Acuña, Ramón Porfirio” (Fallos 328: 3148); “De la Cruz, Eduardo Matías (Procurador General de la Suprema Corte de Justicia)” (Fallos 331: 810); “Rodríguez, Ademar Jorge” (Fallos 331: 2156); y “Rojas, Ricardo Fabián” (Fallos 331: 2195).

87. “Recurso de hecho deducido por la defensa de José Antonio Solá Torino en la causa Solá Torino, José Antonio s/ pedido de enjuiciamiento”, causa N°27/2009”, CSJN, sentencia del 23/11/10.

se realizaban dichas declaraciones”,⁸⁸ argumentos que fueron desestimados por la Corte bajo el estándar establecido en “Llerena”⁸⁹ al señalar que en el caso concreto no existió una duda legítima para temer objetivamente y de forma razonable sobre la parcialidad del tribunal de enjuiciamiento.

En oportunidad de revisar la sentencia del Jurado por la cual se destituyó al Dr. Juan José Galeano,⁹⁰ la apelación se sustentó, entre otras, en que aquel destituyó al juez por el contenido de sus sentencias, principalmente en lo referente a la decisión del entonces magistrado del pago que efectuó al imputado Telleldín en la causa del atentado a la A.M.I.A., tanto en lo que respecta a la legitimidad o ilegitimidad como en lo que se vincula con la actuación que tuvo con motivo de las entrevistas que mantuvieron algunos abogados de la querrela con otro imputado y su abogado defensor. El dictamen fiscal, que la Corte hizo suyo, entendió al respecto que “...no hay cuestión justiciable acerca de la valoración de los aspectos sustanciales del enjuiciamiento, es decir con relación a la apreciación de la prueba de las acciones u omisiones que habrían motivado la acusación y la puesta en funcionamiento del proceso, pues de lo contrario, el criterio de la Corte sustituiría al del Senado de la Nación o al del Jurado de Enjuiciamiento para decidir la remoción o absolución de los magistrados imputados...”⁹¹

88. *Ibíd.* Consid. 9º.

89. Fallos 328: 1491 (2005).

90. Fallo JE causa N°14 caratulada “Doctor Juan José Galeano s/ pedido de enjuiciamiento”.

91. Recurso de hecho deducido por el Defensor Oficial de Juan José Galeano en la causa “Galeano, Juan José s/ pedido de enjuiciamiento” S.C. G.1777, L.XLI, sentencia del 9 de marzo de 2010. Reiteró lo afirmado en “Nicosia” y “Brusa” ya que “...lo central de aquel juicio es la decisión acerca de la conducta o desempeño del acusado [...] de tal forma, [que] determinar si el juez es responsable por los cargos formulados, constituye un tema reservado a la decisión del órgano encargado de juzgar su conducta. Y la Constitución Nacional (texto 1994) otorga esa atribución al Jurado de Enjuiciamiento del Consejo de la Magistratura, sin la posibilidad de revisión, en este aspecto, por los organismos judiciales” y finalizó expresando que “la decisión destitutoria reposa en *razones políticas* que los miembros del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados debieron evaluar dentro del marco de sus atribuciones constitucionales, y con los márgenes de discrecionalidad con que deben cumplir la misión que les ha conferido la Constitución Nacional y, a partir del examen de los elementos de juicio, concluyeron que las conductas juzgadas eran impropias de un juez de la Nación. Se trata, entonces, de una decisión de mérito sobre

La relación institucional en esta materia, referida por caso al Jurado de Enjuiciamiento y la Corte Suprema, ha sido ecuánime y las decisiones de ambos organismos se han integrado mutuamente, dando un fundamento recíproco a la hora de resolver los casos que constituye el núcleo actual de la jurisprudencia sobre el tema.

VII. El caso “Otilio Roque Romano”

Dentro de los procesos de remoción llevados a cabo que involucran el despliegue del Consejo de la Magistratura, Jurado de Enjuiciamiento y a los tribunales ordinarios, se encuentra un caso que roza lo paradójico, en torno al proceso seguido contra el ex integrante de la Cámara Federal de Mendoza, Dr. Otilio Roque Romano, el cual merece un detalle de su tramitación.⁹²

La Cámara Federal de Mendoza estuvo integrada por dos vocales, Francisco Miret y Otilio Romano, los cuales, ambos, fueron acusados y removidos ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados en razón de su vinculación con su actuación personal durante la última dictadura miliar. Ambos argumentaron que su actuación anterior a la magistratura había quedado saldada en la medida que el Senado, al otorgarles el acuerdo, emitió una decisión de mérito sobre su actuación en el pasado, y por lo tanto, no ser una causal de destitución, argumento que, a todas luces, fue rechazado. El proceso de remoción del primero de ellos transcurrió sin hesitaciones, siendo removido el Dr. Miret por el Jurado de Enjuiciamiento.⁹³

la actuación del doctor Galeano como magistrado –que no puede ser controlada en esta instancia– y no una condena por el contenido de las sentencias que suscribió”.

92. Los avatares del caso todavía siguen abiertos al momento de escribir estas líneas, por lo cual, no puede contarse con certera pulcritud el final del mismo, pero encierra una cantidad de aristas que merecen, al menos, ser mencionadas.

93. Expediente N°29 caratulado “Doctor Luis Francisco Miret s/ pedido de enjuiciamiento”. La denuncia promovida por Fernando Rule; Silvia Susana Ontiveros; María del Carmen Gil de Camín y Elba Morales; por los apoderados del Movimiento Ecuaménico por los Derechos Humanos Regional Mendoza; por la Asociación Madres de Plaza de Mayo, Filial Mendoza y por la Asociación ex Presas y ex Presos Políticos. Los denunciantes afirmaron –entre muchas acusaciones– que Miret, en su condición de juez, tomó perfecto conocimiento de las gravísimas violaciones de los derechos humanos de las personas que eran detenidas y puestas a disposición, no obstante lo cual omitió todo control sobre las fuer-

Posteriormente, se trató la denuncia contra el Dr. Romano en base, a la presentación de la Sra. Elba Lilia Morales, en su carácter de apoderada del Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos, Regional Mendoza, en el marco de la causa N°636-F caratulada “Fiscal c/ Guzzo y otros”, como consecuencia del requerimiento formal de instrucción fiscal formulado en los que se le atribuyó responsabilidad al magistrado por la comisión de delitos de lesa humanidad, entre los cuales se incluyeron cien hechos de homicidio, aplicación de tormentos, privaciones ilegítimas de la libertad, en grado de partícipe secundario, así como la omisión de investigar delitos aberrantes cometidos por fuerzas militares y de seguridad durante el gobierno de facto de 1976-1983.

El Dr. Romano, en la causa jurisdiccional seguida en su contra en Mendoza, presentó un certificado médico y logró interrumpir su indagatoria, lo que motivó la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que a través de sus peritos determinaran su estado de salud a los fines de continuar prestando declaración en dichas actuaciones. Luego de haber paralizado con el certificado médico el proceso penal que se le seguía, al día siguiente de que fuera apartado el Dr. Walter Bento –juez interviniente en la causa “Fiscal c/Guzzo”– por resolución de la propia Cámara Federal de Mendoza integrada por conjueces, el Dr. Romano se presentó a trabajar en su despacho, utilizando una licencia en su trabajo como mecanismo de defensa en el juicio.

Pero a la vez, el Dr. Romano presentó una acción de amparo en la Jurisdicción de Mendoza contra el proceso de remoción que estaba llevando a cabo el Consejo de la Magistratura en la ciudad de Buenos Aires. Los jueces de la jurisdicción se excusaron de intervenir y se resolvió sortear entre los abogados de la matrícula federal, cuya designación recayó en el conjuez Carlos Parellada, el cual, consintió la jurisdicción y concedió la medida cautelar paralizando el trámite que se llevaba a cabo en Buenos Aires. En oportunidad de conceder la apelación, la misma fue en relación, y luego de ello, hubo que sortear conjueces para integrar la Cámara, en la medida que no podía

zas represivas, permitiendo la privación y detención de personas que fueron torturadas y violadas bajo procesos que repugnan al derecho penal, y sólo se abocaron a perseguir penalmente a las personas detenidas. El Jurado de Enjuiciamiento votó la remoción por unanimidad en relación con estas acusaciones.

ser el mismo Romano que entendiera en su causa “para evitar un estado de privación de justicia”.⁹⁴ Luego que la Cámara integrada por conjuces dejara sin efecto la medida cautelar, se pudo continuar con el proceso acusatorio, que culminó con la destitución del magistrado, aunque gracias al artilugio procesal detallado, pudo ser dilatado en más de un año.⁹⁵ Sucedió que al momento de decidirse la acusación, el Dr. Romano –todavía en funciones– viajó a la República de Chile, donde solicitó su asilo alegando una persecución política.⁹⁶ Como consecuencia directa de ello, el trámite ante el Jurado de Enjuiciamiento se realizó mediante un defensor oficial, donde el Tribunal entendió probado “Haber omitido en forma reiterada la denuncia, promoción de la investigación y persecución de delitos de privaciones ilegítimas de libertad –incluso de personas que a la fecha continúan desaparecidas–, apremios ilegales, violaciones y torturas, de los que tomó conocimiento en su condición de fiscal...”.⁹⁷

Concluyó el Jurado que “...se ha reconstruido a lo largo de este proceso, mediante la materialización documental aportada y los relatos expuestos por los testigos que han declarado ante este Jurado –víctimas en su mayoría del accionar de distintas fuerzas policiales, militares, paramilitares, etc.–, una vívida muestra del período de ignominia atravesado por la provincia

94. Resolución CSJN 2723/10.

95. Resolución CM 134/11.

96. Hecho que constituyó además, una de las causales que contempló el Jurado de Enjuiciamiento para destituirlo, al disponer que “...refuerza esta convicción la impropia actitud que el magistrado mantiene en la actualidad al no haberse presentado a estar a derecho ante la jurisdicción que lo reclama y haber solicitado asilo en el extranjero, persistiendo de esta forma en otra postura omisiva que agrava aún más su disvalioso proceder y corrobora su falta de idoneidad para continuar desempeñándose como Juez de la Nación”. Conf. Expte. N°30 caratulado “Doctor Otilio Ireneo Roque Romano s/ pedido de enjuiciamiento”.

97. Con respecto a los cargos formulados por su actuación como fiscal federal en la causa N°34.281-B “Fiscal c/ Mochi, Prudencio y otros p/ Av. Infracción art. 189 bis C.P. y ley 20.840”, el Jurado estimó probadas las siguientes imputaciones: a) haber omitido efectuar denuncia penal con motivo de los testimonios que prestaron ante él como fiscal federal los entonces imputados León Eduardo Glogowski, Ismael Esteban Calvo Gutiérrez y Blas Armando Yanzón, en los que se indicaba la comisión de delitos de acción pública; y b) haber omitido efectuar denuncia penal con motivo de los delitos de los que fuera víctima la menor Luz Amanda Faingold Casenave en ocasión de su detención.

de Mendoza [...] En ese contexto es que el doctor Romano desempeñó sus funciones de fiscal federal en una abultada cantidad de casos y, paradójicamente, cuando más se necesitaba la garantía de contar con funcionarios judiciales independientes, que sin requerírseles actos de arrojo o de peligro para sus vidas, se les exigía la valentía de actuar con firmeza y sobre todo rectitud en su conducta procesal, él desdeñaba reiteradamente los reclamos, denuncias y hasta clamores de los detenidos en función de aquellas leyes de seguridad nacional o los de sus familiares, así como los de tantos otros de los que jamás se supo su paradero y destino”.⁹⁸ Pese a encontrarse procesado, luego de destituido no pudo ser detenido, iniciando de esta manera el proceso de extradición ante el gobierno de la República de Chile, quien se expidió recientemente aceptando la misma y procediendo a la detención del ex magistrado.

Posteriormente, el Consejo de la Magistratura inició una investigación contra los tres jueces de primera instancia mendocinos que habían intervenido en el trámite judicial de la causa iniciada por el Dr. Romano, en la cual se resolvió la desestimación contra los Dres. Walter Bento y Pura de Arrabal, y al momento de debatir sobre las posibilidades de sanción respecto de la conducta del conjuuez Carlos Parellada, se encontraron en un debate referido a los alcances de su propia competencia sancionatoria con respecto a quién había oficiado de magistrado sólo en aquella causa. Finalmente, luego de un arduo debate se decidió la exclusión de la lista de conjuueces del Dr. Carlos Parellada y a la vez, aplicarle una sanción de multa por su actuación. Las imputaciones giraron a la amistad que tenía con el ex magistrado Romano, y la concesión del modo de concesión del recurso.⁹⁹

Este caso, aunque excepcional, demuestra un despliegue jurisdiccional que tuvo a los tres organismos, Consejo, Corte y Jurado, consustanciados para lograr su cometido constitucional y demuestra que el Poder Judicial, no es un todo monocorde como muchas veces suele ser presentado.

98. Conf. JE N°30 caratulado “Doctor Otilio Ireneo Roque Romano s/ pedido de enjuiciamiento”, punto 10º del resolutorio.

99. Resolución CM 142/13.

VIII. Las sanciones disciplinarias sobre magistrados

Dentro de las facultades disciplinarias contempladas en la ley del Consejo de la Magistratura, en su artículo 14 inc. A, además de las causales, se encuentran las sanciones de advertencia, apercibimiento y multa, que hasta la sanción de la ley 26.855 era de un 30% de sus haberes como máximo, elevada por la reciente reforma hasta un 50%.¹⁰⁰ En el mismo artículo, en el inciso C, establece la posibilidad de plantear un recurso directo a la Corte Suprema para entender por apelación.¹⁰¹

En tales circunstancias, se hace necesario analizar cómo ha sido el trámite de esta vía directa de apelación, establecida para satisfacer el estándar fijado a fin de garantizar la posibilidad de revisión por un órgano superior sobre la aplicación de la sanción y de esta manera cumplir con la doble instancia establecida en el artículo 8 inciso 2, apartado h de la Convención Americana de Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– y el artículo 14 inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además podrá observarse cuáles han sido las causales concretas que motivaron la aplicación de una sanción disciplinaria, referida a los magistrados,¹⁰² descartando que las cuestiones de derecho no pueden ser materia de aplicación de sanciones.¹⁰³

100. Por lo cual, tratándose de haberes, la aplicación de un porcentaje de multa tan elevado, supera de manera evidente el 33 por ciento establecido como máximo para ser considerado confiscatorio, fijado por la Corte Suprema en el fallo “Montarcé”, Fallos 289: 443 (1974).

101. “Las sanciones disciplinarias que aplique el Consejo de la Magistratura serán apelables en sede judicial por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El recurso se interpondrá y fundará por escrito ante el Consejo, dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación de la resolución, debiéndose ofrecer la prueba y acompañar la documental de que intentare valerse el recurrente. El Consejo, tomando en cuenta los argumentos del recurrente, fundará la elevación dentro del plazo de cinco (5) días, contados a partir de la fecha de presentación, y lo elevará, dentro de los cinco (5) días siguientes, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien deberá resolver en el plazo de ciento veinte (120) días.” Texto según ley 26.855.

102. El Consejo de la Magistratura, al igual que las Cámaras de apelación, cuenta con facultades disciplinarias sobre sus funcionarios y empleados, la cuales por avocación conoce la Corte Suprema, sólo cuando se evidencia extralimitación o arbitrariedad, o por razones de superintendencia general, y de manera excepcional. Cfr. Fallos 315: 2515.

103. Conf. res. CM 386/03: “Desde un concepto genérico en el análisis de los supues-

La Corte Suprema ha mantenido invariablemente, la doctrina de que si bien las facultades disciplinarias le corresponden, en principio a los tribunales inferiores, ello no implica a la Corte conocer de esa naturaleza por vía de las facultades de avocación consagradas en el artículo 22 del RJN, cuando media arbitrariedad, manifiesta extralimitación en el ejercicio de aquellas facultades por las autoridades respectivas o razones de orden general lo hacen convenientes.¹⁰⁴

Si bien en un principio con la instalación del Consejo de la Magistratura no quedaba en claro si la competencia para aplicar sanciones disciplinarias era concurrente con la Corte Suprema, en la actualidad no hay dudas de que es exclusiva, sin que dicho concepto implique en ningún caso una referencia a la actuación política del juez.¹⁰⁵

Se pueden citar como ejemplo de situaciones de hecho que motivaron la aplicación de una sanción del 30% de multa sobre los haberes de un magistrado una multiplicidad de situaciones. En una ocasión, se sancionó a un magistrado por llevar a cabo -entre otras actitudes- una omisión deliberada de firmar de resoluciones, demorar injustificadamente trámites, intervenir en cuestiones de superintendencia vinculadas con la designación de una juez subrogante -cuando se había excusado por haberla denunciado el mismo magistrado penalmente-, obstaculizar expedientes, haberse tomado a golpes de puño con otro magistrado; presionar a funcionarios en su calidad de magistrado -en la causa iniciada a raíz del pugilato señalado, además de intervenir como juez y querellante en la causa-, dispensar trato impropio a camaristas y empleados y falsear acuerdos de la Cámara que integraba.[1] Al ser apelada ante la Corte Suprema, el magistrado -pese al detalle señalado

tos que se someten a consideración, cabe señalar el hecho de que no le corresponde a la potestad disciplinaria abrir juicio sobre aspectos que hacen estrictamente a la facultad de decidir el conflicto de derecho puesto bajo la jurisdicción judicial. El imperio para resolver el caso y las distintas alternativas procesales que conducen a la decisión, forman parte de una facultad privativa de los jueces de la causa ante cuya presencia la potestad disciplinaria debe detenerse”.

104. Cfr. Fallos 266: 86; 284: 22; 300: 387. Ver además, Resolución CSJN 30/2003, “Nespral, Bernardo s/ apelación”.

105. Cfr. Fallos 322: 3289; 323: 3672. Cfr. además resoluciones CM 21/01, 187/03 y 32/04, donde se dispuso el reembolso de las sumas retenidas en concepto de multa aplicada por la Corte.

anteriormente- alegó que la sanción carecía de una clara descripción de los hechos y sin razonamientos explícitos que permitan conocer al sancionado la aplicación de sanción.¹⁰⁶ Al ser apelada ante la Corte Suprema, alegó que la sanción carecía de una clara descripción de los hechos y sin razonamientos explícitos que permitan conocer al sancionado la aplicación de sanción.

La Corte observó que el recurrente ejerció su derecho de defensa y que los argumentos eran los mismos que había realizado el magistrado en ocasión de su citación ante la Comisión de Disciplina y Acusación; que los cargos fueron formulados en forma detallada y que -con respecto al órgano al órgano que llevó adelante la sanción-, la resolución se adoptó por once de los trece miembros que lo componen.¹⁰⁷

Así, el Consejo sancionó con el 30% de multa de sus haberes a un magistrado, por haberse arrogado una competencia inexistente y reconocer la validez de un congreso partidario celebrado en Potrero de Los Funes –provincia de San Luis– y reconociendo a los apoderados designados.¹⁰⁸ Para ello, sostuvo que tal decisión provocó una situación de gravedad institucional, generando un marco de inseguridad a raíz de la decisión en materia electoral sobre un partido político de envergadura nacional. El magistrado apeló la sanción alegando que la decisión carecía de falta de causa y motivación, entre otros argumentos. La Corte, por su parte, entendió que se habían respetado todas las previsiones que impone el trámite administrativo ante el Consejo, pudiendo el magistrado defenderse sin restricciones, y subrayó que los argumentos esgrimidos por el magistrado “...sólo revelan la intención de soslayar su responsabilidad en torno a las faltas endilgadas...”, habiéndose respetado las garantías del debido proceso, “...pues el magistrado fue sancionado por el órgano en cuyas manos la Constitución Nacional ha puesto las facultades disciplinarias y lo ha efectuado sobre la base de los hechos por los cuales fue investigado y respecto de los que ejerció ampliamente su derecho de defensa...”¹⁰⁹

En otra ocasión, el Consejo aplicó la sanción de advertencia por el destrato a personal de la fiscalía, por un episodio que se originó a raíz de que el

106. Resol. CM 528/08.

107. Resolución CSJN 3466/08.

108. Resol. CM 530/08.

109. Resolución CSJN 1747/09.

juez entendió como inapropiado un saludo de aquel para su investidura al decirle “hola, ¿qué tal?”, ante lo cual el magistrado intentó condicionar su ingreso al edificio recurriendo a la fuerza policial.¹¹⁰ El Consejo consideró un exceso y aplicó dicha sanción tipificada en su art. 14, apartado A, inciso 3 que tipifica como falta disciplinaria el trato incorrecto a abogados, peritos, auxiliares de la justicia o litigantes, la que fue confirmada por la Corte, la que entendió que se había hecho lugar a la defensa y que la orden dada a la policía era completamente ilegítima en el marco de las facultades de superintendencia.¹¹¹

Estos son sólo algunos de los muchos ejemplos donde la aplicación de multas por parte del Consejo y la posterior revisión por la Corte Suprema ha cimentado una doctrina donde el tribunal se coloca garante de la defensa que haga el magistrado en la seda administrativa, sin que existan conflictos institucionales respecto a la facultad sancionatoria,¹¹² inclusive donde se avocó para revertir la sanción impuesta por el Consejo.¹¹³

IX. Facultades reglamentarias del Consejo de la Magistratura

Dentro de las facultades asignadas por la Constitución al Consejo de la Magistratura, se encuentra la de “Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.” –art. 114, inciso 6–. En ese punto es interesante destacar que si en alguna de las facultades ha sido celosa la Corte Suprema con respecto a la instalación del Consejo, ha sido en las cuestiones reglamentarias.

Este inciso en manos del Consejo no ha sido prácticamente puesto en marcha, a pesar de los reiterados intentos por parte de ese cuerpo. Práctica-

110. Resolución CM 26/10.

111. Resolución CSJN 3047/2010.

112. Ver resolución CM 105/09 y resolución CSJN 75/10; resolución CM 283/09 y resolución CSJN 429/10.

113. Resolución CM 460/09 y resolución CSJN 1548/10. La Corte fundó la concesión del recurso en razón de que la sanción del Consejo recurrida no había precisando cuál era la norma reglamentaria incumplida por el recurrente ni desarrolló fundamento alguno suficiente como para determinarla, careciendo de causa.

mente, cada vez que expidió sobre alguno de los reglamentos de la Justicia –principalmente, en lo referido al Reglamento para la Justicia Nacional–, la Corte rechazó tal facultad; vale la pena recordar que antes de la instalación del Consejo de la Magistratura, esta facultad era exclusiva de la Corte Suprema.

Con respecto a estas facultades, la intención del legislador no ayudó al Consejo. En la primaria redacción de la ley 24.937 no se encontraba contemplada una comisión específica para el cumplimiento del mencionado inciso, siendo creada para tal efecto por el Plenario del Cuerpo.¹¹⁴ Pero en lo que era de suma importancia, en el artículo 7 inciso 2 referida a las atribuciones del Consejo, disponía las de “Dictar los reglamentos referidos a la organización judicial y los reglamentos complementarios de las leyes procesales, así como las disposiciones necesarias para la debida ejecución de las leyes y toda normativa que asegure la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia”¹¹⁵ y el artículo 30 a la vez señalaba que “Las disposiciones reglamentarias vinculadas con el Poder Judicial, continuarán

114. Resol. CM 82/99. En su parte dispositiva contempló “Crear, en el ámbito del Consejo de la Magistratura, una Comisión Auxiliar Permanente de Reglamentación a los efectos de dar eficaz cumplimiento a lo dispuesto por los artículo 114, inciso 6, de la Constitución Nacional; 7º, incisos 1º y 2º, y 30 de la ley 24.937 y mods. Son funciones de la Comisión Auxiliar Permanente de Reglamentación: a) analizar y emitir dictamen sobre los proyectos de reglamentos que le sean remitidos por la Presidencia del Consejo, el Plenario, las Comisiones creadas por la ley o cualquier integrante del Consejo; b) elaborar los proyectos de reglamentos que le sean encomendados por los órganos enunciados en el inciso precedente; c) propiciar ante el Plenario, mediante dictamen y a través de la Presidencia, las modificaciones que requieran las normas reglamentarias vigentes, para su perfeccionamiento, actualización, refundición o reordenación; d) emitir dictámenes a requerimiento de la Presidencia, del Plenario, de las Comisiones o de cualquiera de sus miembros, en los casos en que se planteen conflictos de interpretación derivados de la aplicación de reglamentos. 3º) La Comisión Auxiliar Permanente de Reglamentación estará integrada por un representante de los jueces, un representante de los abogados, dos legisladores, uno perteneciente a la Cámara de Diputados y otro a la Cámara de Senadores, dos representantes del ámbito científico y académico y el representante del Poder Ejecutivo”.

115. Sin embargo, el legislador entendió con motivo de la reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que “La Corte Suprema de Justicia de la Nación queda facultada para dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de esta reforma.” Conf. art 4, ley 25.488.

en vigencia mientras no sean modificadas por el Consejo de la Magistratura dentro del ámbito de su competencia...”, aunque señalaba que las facultades de superintendencia seguían en manos de la Corte Suprema y las Cámaras de Apelaciones.¹¹⁶

Con la reforma de la ley 26.080, se modificó el inciso 2 del artículo 7 al establecer que al Consejo le compete “Dictar los reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye la Constitución Nacional y esta ley a fin de garantizar una eficaz prestación de la administración de justicia”. Es decir, le restó una importante capacidad reglamentaria, aunque a la vez, incorporó la Comisión de Reglamentación, dándole sustento legal cuando hasta ahora sólo la tenía por vía reglamentaria.¹¹⁷ La misma redacción quedó luego de la reforma operada por la ley 26.855, aunque en el proyecto original de reforma remitido por el Poder Ejecutivo contemplaba un cambio radical en las facultades reglamentarias al depositarlas en manos del Consejo.¹¹⁸

Esta tendencia legislativa también se había observado al establecer la reforma al Código procesal, donde facultó a la Corte a “dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de la reforma procesal, es con los alcances precedentemente indicados con los que corresponde aplicar e interpretar las funciones asignadas por el mencionado precepto de la ley del rito”.¹¹⁹

En cambio, al autorizar la notificación electrónica para el Poder Judicial, el legislador estableció que “la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Consejo de la Magistratura de la Nación, de manera conjunta, reglamentarán su utilización y dispondrán su gradual implementación”.¹²⁰

116. A los que cabe agregar que en el artículo 18, inciso J de la ley originaria, incluía dentro de las facultades de la Oficina de Administración y Financiera la de “proponer los reglamentos internos necesarios para su funcionamiento, los reglamentos para la administración financiera del Poder Judicial y los demás que sean convenientes para la eficaz administración de los servicios de justicia, incluyendo la supresión, modificación o unificación de las oficinas arriba mencionadas”.

117. Art. 15 de la ley 24.937, ordenada por la ley 26.080.

118. Mensaje PE-005-13.

119. Art. 4, ley 25.488.

120. Art. 2 ley 26.685. La Corte Suprema, en tal sentido, reglamentó para su ámbito dicha ley mediante la Acordada 31/2011, ampliada por las Acordadas 2/2012 y

Además de este derrotero legislativo, los conflictos institucionales referidos a la capacidad reglamentaria no se hicieron esperar.

En materia de superintendencia constituyó el antecedente que determinó su devenir, quizás por ser el primero donde la Corte se expidió a la relación “Corte-Consejo” en materia reglamentaria. Sucedió al poco tiempo de la instalación del Consejo, cuando la Corte le delegó la superintendencia en materia sobre sus funcionarios y empleados, modificando en consecuencia el art. 118 del Reglamento para la Justicia Nacional.¹²¹ El Consejo tomó impulso y expresó que las facultades de superintendencia eran originarias respecto a su propio personal no correspondiendo, en consecuencia, la delegación, que en sí era inaplicable.¹²²

La Corte declaró inválida dicha resolución, con duros y firmes argumentos.¹²³ Expresó que la reforma constitucional de 1994 no había alterado la naturaleza de las funciones de gobierno de la Corte, las cuales son de carácter exclusivo y que el Consejo no contaba con la atribución para dictar normas reglamentarias en cuestiones concernientes a asuntos de superintendencia, “por lo que la resolución 6/00 ha sido adoptada fuera del ámbito de su competencia y, por ende, debe ser declarada inválida...” , ya que los “...funcionarios y empleados del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados lo son del Poder Judicial de la Nación y sobre ellos ejerce originariamente superintendencia la Corte Suprema...” –inciso 13–.¹²⁴ Finalmente, y en otro contexto de la relación entre ambos organismos, reasumió dichas facultades.¹²⁵

29/2012.

121. Acordada 16/1999.

122. Resolución CM 6/00.

123. Acordada 4/2000.

124. En su voto, los jueces Petracchi y Bossert hicieron hincapié en que la Corte Suprema mantiene la potestad disciplinaria “sobre los funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Nación, de acuerdo a las leyes y reglamentos vigentes” y por lo tanto, originarias de la Corte y que una interpretación en contrario llevaría a dejar a que un sector de los funcionarios y empleados se vean impedidos de solicitar la avocación de la Corte Suprema en ocasión de serles aplicada una sanción disciplinaria.

125. Acordada 35/04, modificando en su consecuencia la resolución 1733/2004 del Jurado de Enjuiciamiento por la cual redujo el personal, ordenó traslados y modificó el Reglamento dictado por el propio Jurado de Enjuiciamiento.

El Consejo, no contento con dicha situación, y luego de un acalorado debate, declaró que la Corte había actuado en exceso de sus competencias constitucionales, “sustituyendo al Consejo de la Magistratura en el ejercicio de potestades propias como surge, en forma inequívoca del artículo 114, inciso 6, de la Constitución Nacional y de los artículos 7, inciso 2, y 30 de la ley 24.937”.¹²⁶

Luego de esta “escalada de acordadas y resoluciones”¹²⁷ el Consejo bajó el tono de la contienda y reconoció que resultaba “...imperioso encontrar una vía institucional idónea para hacer efectivo el común objetivo de “afianzar la justicia” y para ello propuso “encomendar al Presidente del Consejo de la Magistratura y a la Comisión Auxiliar de Coordinación de Labor, la institucionalización –a la mayor brevedad posible– de un mecanismo entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Consejo de la Magistratura, con el objeto de dirimir cuestiones de competencia entre ambos órganos constitucionales y compatibilizar posiciones en tal sentido”.¹²⁸

En el transcurso de ese año, el Consejo declaró que no correspondía aplicar la ley 25.344¹²⁹ en el ámbito de su competencia,¹³⁰ y al otro día de disponerlo, la Corte Suprema suspendió los efectos de dicha decisión hasta tanto se pronunciara el Tribunal sobre el tema.¹³¹

Misma situación se dio con las autorizaciones para el ejercicio de la docencia por parte de los integrantes del Poder Judicial. En la actualidad, la Corte Suprema delegó en el Consejo y el Jurado el otorgamiento de di-

126. Resolución CM 54/00. En el punto 2º del resolutorio, requirió además al “...Presidente del Consejo de la Magistratura la convocatoria a sesión extraordinaria para allí decidir el curso de acción a seguir frente a la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por medio de su acordada 4/200”.

127. Así lo describe –a nuestro juicio– acertadamente GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 4ª ed. Tomo II, Buenos Aires, La Ley, p. 487.

128. Resolución CM 57/00.

129. La cual declaraba la emergencia económica financiera del Estado Nacional y en su artículo 23 facultaba “...al Consejo de la Magistratura a aplicar esta ley en el ámbito de su competencia en los aspectos que corresponda”.

130. Resolución CM 372/00.

131. Acordada 37/2000.

chas autorizaciones para su propio personal.¹³² Pero esta realidad también obedece a una historia de conflicto mutuo. El Consejo dispuso que “...los magistrados podrán ejercer la docencia universitaria o la enseñanza superior equivalente, en cualquier lugar del territorio nacional, como profesores, directores de departamento, consejeros académicos, investigadores, directores de investigación o de tesis, jurados y otros cargos afines, cuando tales actividades no entorpezcan el normal desempeño judicial”,¹³³ actividad que constituía una de las incompatibilidades establecidas en el Reglamento para la Justicia Nacional y para lo cual se debía solicitar la correspondiente autorización.¹³⁴ En este caso, la Corte Suprema comenzó explicando que mediante dicha disposición el Consejo se había atribuido las facultades “de otorgar autorizaciones para el ejercicio de la docencia a los magistrados del Poder Judicial, concediéndolas con carácter general y sin limitaciones” y que “...si bien dicha superintendencia corresponde a esta Corte Suprema, la cual puede ser delegada en las cámaras nacionales de apelaciones (art. 30, segunda parte, de la ley 24.937), la naturaleza y funciones del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación hacen aconsejable que dicha delegación se efectúe en favor de dichos organismos, los cuales deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en la disposición legal precedentemente”, disponiendo una nueva redacción que contemplaba el pedido de autorización, incluyendo al Consejo y Jurado de Enjuiciamiento.¹³⁵

El caso más reciente tuvo lugar al modificar el Consejo el artículo 10 del Reglamento para la Justicia Nacional en dos aspectos. En primer lugar, y en lo que había motivado un gran debate dentro del Cuerpo, se eliminó la prohibición de estar afiliados a los partidos políticos con respecto a los funcionarios y empleados –inciso e)–, manteniendo dicha prohibición a los magistrados.¹³⁶ Sostuvo el Consejo que dicha solución se adecuaba a lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos por un lado,

132. Acordada 44/2009.

133. Resolución CM 198/03.

134. Artículo 9 del RJN de acuerdo a la redacción que había dispuesto la Acordada 30/2001.

135. Acordada 11/2004, ampliada posteriormente por la Acordada 38/2004.

136. Resolución CM 254/10.

y por el otro a lo dispuesto en la ley orgánica de los partidos políticos, que sólo alcanzaba a los magistrados.¹³⁷ Dispuso además que no afectarán con respecto al personal de servicio y maestranza las incompatibilidades establecidas en los incisos j), k) y m) del mismo artículo.¹³⁸

La Corte declaró la invalidez de la decisión del Consejo y reiteró que “Que las disposiciones reglamentarias de la naturaleza en cuestión constituyen facultades inherentes de la Corte Suprema, como órgano superior del Poder Judicial, desde que se trata de una regulación que hace a la actuación de ese Poder y que resguarda y garantiza su independencia, de conformidad con el sistema de separación y equilibrio que es propio del régimen republicano de gobierno”¹³⁹ y enfáticamente expresó que “...el Consejo de la Magistratura no cuenta con la atribución para dictar normas reglamentarias en cuestiones concernientes al régimen de incompatibilidades que decidió modificar, por lo que la resolución 254/10 ha sido adoptada al margen de su competencia”.¹⁴⁰

La relación entre ambos organismos con respecto a las facultades reglamentarias ha sido sin duda la que más conflicto ha suscitado, sin que exista una concordia con respecto al tema.

137. Conf. res. citada, inciso 19, en referencia al art. 24, inciso “d” de la ley 23.298.

138. Las mismas disponen que “j) No ejercer el comercio ni actividad lucrativa alguna sin autorización de la respectiva autoridad de superintendencia; k) (Texto según del 24/12/62) No desempeñar ningún empleo público o privado, aun con carácter interino, sin autorización de la respectiva autoridad de superintendencia. Dicha autorización no podrá acordarse para cargos de naturaleza política. Exceptúanse los cargos docentes y las comisiones de estudio, pero los magistrados no podrán desempeñar cargos docentes en la enseñanza primaria o secundaria. (Párrafo incorporado por acordada 8/82, del 30/08/82) La autorización a que se refiere el segundo párrafo del presente artículo no podrá ser concedida para agentes que se desempeñen como personal administrativo y técnico del Poder Judicial de la Nación y aspiren a ocupar otro cargo en la órbita de ese organismo ya sea en calidad de personal permanente o contratado; m) No participar en asociaciones profesionales, con excepción de las mutualistas, ni en comisiones directivas de ninguna asociación, sin autorización de la respectiva autoridad de la superintendencia”.

139. Acordada 11/2011, consid. 2.

140. Acordada citada, consid. 5.

X. Facultades administrativas asignadas al Consejo de la Magistratura

En su inciso 3, el artículo 114 de la Constitución Nacional le asigna al Consejo de la Magistratura “Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia”. Cabe mencionar, con respecto al propósito de este artículo, que es aquí donde más patente se trasluce la relación entre el Consejo y la Corte con referencia a la jefatura del Poder Judicial, porque si no hay dudas con respecto a la jefatura jurisdiccional, la instalación del Consejo en el sistema tradicional de las instituciones públicas generó dudas acerca de la jefatura de la administración del Poder Judicial, básicamente –aunque no signifique una gran precisión jurídica– quién maneja los recursos y quién dirige los gastos, máxime de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 113 de la CN que dispone “La Corte Suprema dictará su reglamento interior y nombrará sus empleados”.¹⁴¹ De allí que se hayan creado dos administraciones, una de la Corte y otra del Consejo, preservando la Corte bajo su órbita funcional aquellas oficinas y dependencias necesarias para llevar a cabo su propia administración. De igual manera, el proyecto final de presupuesto para los ejercicios financieros, es elevado a la Jefatura de Gabinete por parte de la Corte Suprema. La norma que regula le ejecución presupuestaria del Poder Judicial de la Nación es la ley de autarquía judicial N°23.853. Establece que es la Corte Suprema la que prepara el presupuesto¹⁴² y la faculta a disponer las reestructuraciones y compensaciones que considere necesarias, dentro de la suma total correspondiente al

141. La Corte Suprema remarcó que “en efecto, este Tribunal ha destacado que las funciones de gobierno que le asisten sobre el Poder Judicial de la Nación derivan de su condición de titular de este Departamento del Gobierno Federal, que ha sido expresamente establecida por la Constitución Nacional desde 1853 en la primera disposición correspondiente a la Sección Tercera que regula la naturaleza y atribuciones del Poder Judicial (art. 94), y que se mantiene inalterada con la reforma introducida a la Ley Fundamental en 1994 (conf. acordadas N°13/99, 1/2000, 3/2000, 37/2000, 18/2001, 29/2001, 30/2002, 16/2003, 15/2004), que –por un lado– ha reproducido dicho texto también en la primera disposición (art. 108) y –por el otro– ha incorporado dentro de este poder al Consejo de la Magistratura, asignándole potestades en materia de administración de recursos y ejecución del presupuesto (art. 114, inc. 3°)”. Conf. Acordada 36/04, consid. 3°.

142. Art. 1°.

Poder Judicial en el Presupuesto General de la Administración Nacional.¹⁴³ A la vez, se complementa con la ley del propio Consejo, que dispone que el Plenario eleva a la Corte Suprema el “anteproyecto” del presupuesto, que luego se incluye con el propio presupuesto de la Corte Suprema y conforma en un todo el Presupuesto para la jurisdicción.¹⁴⁴

143. Art. 5: “Facúltase a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a disponer las reestructuraciones y compensaciones que considere necesarias, dentro de la suma total correspondiente al Poder Judicial de la Nación en el presupuesto general de la administración nacional, a cuyo fin deberá observar los principios de transparencia en la gestión y eficiencia en el uso de los recursos. Asimismo, queda facultada para requerir anticipos de fondos con arreglo a lo dispuesto por el artículo 12 de la ley 16.432, incorporado a la ley 11.672 (t.o. 2005). Todos los gastos que demanden la creación de juzgados o la ampliación de los existentes serán atendidos con cargo a Rentas Generales, o a los excedentes. El Poder Legislativo solicitará informes al Ministerio de Economía y al Poder Judicial de la Nación sobre las posibilidades financieras para hacerse cargo de las erogaciones que generen esas creaciones o ampliaciones, en forma previa a sancionar las normas y con el objeto de otorgar –si correspondiere– los refuerzos presupuestarios pertinentes. Todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la ley 24.937 y sus modificatorias”.

144. En lo que es de suma importancia, establecía antes de la reforma de la ley 26.855 en el artículo 2° que los recursos del TESORO asignados al Poder Judicial de la Nación, eran del 3.5%. De ese porcentaje, el 0.57% se asigna a la Corte Suprema y el 2.93% restante al Consejo de la Magistratura. Además establece en su artículo 3° cuáles son los recursos propios del Poder Judicial, principalmente la tasa de Justicia, de acuerdo con el art. 8 de la ley 23.853 comentada. El art. Art. 5 de la ley 11.672 y mds. dispone: “Autorízase al presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para reasignar los créditos de su presupuesto jurisdiccional debiendo comunicar al jefe de Gabinete de Ministros las modificaciones que se dispusieran. Tales modificaciones sólo podrán realizarse, en estricta observancia de los principios de transparencia en la gestión y eficiencia en la utilización de los recursos, dentro del respectivo total de créditos autorizados, sin originar aumentos automáticos para ejercicios futuros ni incrementos de las remuneraciones individuales, sobreasignaciones u otros conceptos análogos de gastos en personal o compensaciones o reintegros en favor del mismo, excepto cuando el jefe de Gabinete de Ministros le otorgue un refuerzo presupuestario para financiar mejoras salariales o para creación de cargos por un período menor de doce (12) meses. Tendrá la libre disponibilidad de los créditos que le asigne la ley de presupuesto, sin más restricciones que las que la propia ley determine en forma expresa. El jefe de Gabinete de Ministros, junto con el proyecto de presupuesto de la administración nacional, enviará al Honorable Congreso de la Nación el anteproyecto preparado por el Consejo de la Magistratura de la Nación, acompañando los antecedentes respectivos cuando las estimaciones efectuadas por dicho organismo no coincidan con las del proyecto general. Todo ello de conformidad con lo establecido en el

La Ley de Administración Financiera señala a la propia Corte Suprema para su implementación.¹⁴⁵ En cuanto al control financiero, expresamente establece que la “Corte Suprema de Justicia de la Nación dispondrá sobre la modalidad y alcances de la puesta en práctica del sistema instituido en esta ley con relación al Poder Judicial de la Nación”. A esto se le suma que el Reglamento para la Justicia Nacional establece que toda actividad de Superintendencia, incluida la comunicación con otros poderes públicos, la ejerce la Corte Suprema, inclusive para el personal del Consejo, a excepción de lo dispuesto en los arts. 118 y 118 bis de ese reglamento.

Formalmente, el Consejo cuenta con una Comisión de Administración y Financiera, la cual es el órgano encargado de “fiscalizar y aprobar la gestión de la Oficina de Administración y Financiera del Poder Judicial, realizar auditorías, efectuar el control de legalidad e informar periódicamente sobre ello al plenario del Consejo”.¹⁴⁶ A la vez cuenta con una Oficina de Administración Financiera, a cargo de un Administrador General,¹⁴⁷ que responde

artículo 1° de la ley 24.937 y sus modificatorias”.

145. Cfr. art. 117, ley 24.156 y mds.

146. Art. 16, ley 24937 y mds.

147. Conf. art. 17 de la ley 24.937. El art. 18 dispone que “La Oficina de Administración y Financiera del Poder Judicial tendrá a su cargo las siguientes funciones: a) Elaborar el anteproyecto de presupuesto anual del Poder Judicial de conformidad con lo dispuesto en la ley 23.853 de autarquía judicial y la ley 24.156 de administración financiera y elevarlo a consideración de su presidente, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la ley 24.937 y sus modificatorias, b) Ejecutar el presupuesto anual del Poder Judicial, c) Dirigir la oficina de habilitación y efectuar la liquidación y pago de haberes, d) Dirigir la oficina de arquitectura judicial, e) Llevar el registro de estadística e informática judicial, f) Proponer a la Comisión de Administración y Financiera lo referente a la adquisición, construcción y venta de bienes inmuebles y disponer lo necesario respecto de bienes muebles, aplicando normas de procedimiento que aseguren la libre e igualitaria concurrencia de los oferentes, g) Llevar el inventario de bienes muebles e inmuebles y el registro de destino de los mismos, h) Realizar contrataciones para la administración del Poder Judicial coordinando con los diversos tribunales los requerimientos de insumos y necesidades de todo tipo aplicando normas de procedimiento que aseguren la libre e igualitaria concurrencia de los oferentes, i) Proponer los reglamentos internos necesarios para su funcionamiento, los reglamentos para la administración financiera del Poder Judicial y los demás que sean convenientes para lograr la eficaz administración de los servicios de justicia, incluyendo la supresión, modificación o unificación de las oficinas arriba enumeradas, j) Ejercer las demás funciones que establezcan los reglamentos internos”.

ante el Plenario del Cuerpo.¹⁴⁸ En los hechos, la administración es compartida con la Corte Suprema, tanto en lo referente a las formalidades como en las funciones políticas de conducción.

Si bien en algunas ocasiones se han planteado rispideces entre ambos organismos,¹⁴⁹ ellos han sido puntuales y en realidad, la administración del Poder Judicial es un excelente ejemplo de cooperación mutua y relación interinstitucional, que con sus aciertos y defectos es llevada a cabo diariamente.

Podemos dividir el ejercicio de esta competencia en tres etapas. La primera, de definición y aclaración sobre lo que le correspondía materialmente a cada uno de los organismos, signada por la presencia de la Presidencia. Hasta la sanción de la ley 26.080, al ocupar la Presidencia del Consejo el Presidente de la Corte Suprema, había cierta concordancia, y en lo que más interesa, una sola unidad de decisión con respecto a la marcha administrativa del Poder Judicial. Si bien, en su instalación el Consejo de la Magistratura intentó avanzar con el ejercicio material de la Administración, la Corte Suprema dejó bien en claro que era ella a la cual correspondían dichas funciones.¹⁵⁰

La primaria redacción de la ley 24.937 había ordenado transferir al Consejo a los empleados y funcionarios que se desempeñaban en las distintas áreas del Tribunal, en igualdad de condiciones.¹⁵¹

En una de sus primeras determinaciones, con cimera actitud, el Consejo aprobó un reescalafonamiento reclamado por el gremio judicial, solicitando a la Corte la ampliación de partidas presupuestarias y supeditando su otorgamiento a la concesión de las mismas.¹⁵² La Corte autorizó la gestión ante el Poder Ejecutivo, sin formular críticas a la novedosa situación de “compartir” con el Consejo –aunque en un rango inferior– la administración; reconoció dicha facultad reafirmando su condición de cabeza del departamento judicial, y calificando a la competencia administrativa del Consejo como “una gestión auxiliar de la que desempeña el tribunal”.¹⁵³

148. El Plenario es el encargado de nombrarlo y removerlo. Conf. art. 7º inciso 6.

149. Por ejemplo, y como se explicará, en lo referente a la administración de las oficinas de Notificaciones y Mandamientos.

150. Acordada 4/00 y 6/00 citadas en el apartado anterior.

151. Conf. Art. 30 y 32 de la redacción originaria de la ley 24.937.

152. Resolución CM 34/99.

153. Acordada 8/1999, consid. 4.

Luego, el Consejo tomó una serie de decisiones en el mismo sentido, las cuales giraron en torno a la reafirmación de su autonomía administrativa,¹⁵⁴ motivo por el cual la Corte volvió una vez más a reafirmar la jefatura del Poder Judicial y en aquella ocasión, las críticas por parte de la disidencia apuntaron al Consejo como organismo, no sólo en su actuación presupuestaria.¹⁵⁵ Pero una situación de conflicto se patentó cuando el Consejo dictó la resolución 126/01 y creó un cuerpo de letrados, con estabilidad en el cargo.¹⁵⁶ La respuesta de la Corte no se hizo esperar. Sostuvo que el Consejo carecía de tales facultades y que las mismas las ejerce sólo por delegación del Tribunal, reiterando lo expresado en la acordada 6/00 citada, por lo que no hicieron lugar a la habilitación de los cargos.¹⁵⁷

El Consejo, en una época signada por la crisis económica, dispuso un pago único para los funcionarios y empleados, insinuando el ejercicio de las competencias que hasta ese entonces no ejercía unilateralmente.¹⁵⁸ En tal

154. Resolución CM 65/00 –que reafirmó la resolución 34/99–; 39/01 –donde se propuso efectivizar al personal del Consejo–; 129/01 –renovación de contratos–; y 230/01 –que propuso la aprobación del anteproyecto de presupuesto– y remitido directamente al Jefe de Gabinete.

155. Acordada 18/01. Sostuvo el juez Vázquez que el presupuesto había sido aprobado “sin realizar un análisis profundo de la situación imperante en todo el Poder Judicial, ni mínimamente una autocritica sobre su desmesurada estructura, su actuación y resultados hasta el presente, circunstancia que ha sido reiteradamente cuestionado por la comunidad toda y particularmente por los propios integrantes del Poder Judicial” –consid. 5º– y agregó que el Consejo junto al Jurado de Enjuiciamiento constituían “nuevos organismos burocráticos creados por la última reforma de la Constitución Nacional” –consid. 10–. Con respecto puntualmente al gasto, remarcó que “...es dable advertir [...] que representa una numerosa planta de funcionarios, empleados y asesores con que cuenta dicho organismo; por otro lado si tenemos en cuenta que tal hipertrofiada estructura no ha podido lograr que el método de selección de magistrados por concurso sea lo suficientemente efectivo y rápido como para cubrir las más de 130 vacantes existentes en los diversos tribunales en los últimos años, vemos que la relación costo-actividad del mismo aparece, cuanto menos, como inadecuada” –consid. 10.

156. Ratificada por la Resolución CM 406/01.

157. Acordada 29/01. La Corte remarcó que “...este Tribunal considera que la estabilidad dispuesta de veinte funcionarios de significativa jerarquía [...] no se adecua a la situación económica y financiera deficitaria del país...” –consid. 3.

158. A tal punto que dicha decisión fue tomada, pero para que pueda ser materializada, tuvo que ser ratificada en dos oportunidades. Conf. Res. CM195/03, 244/03 y 275/03.

sentido, la Corte Suprema expresó que compartía las inquietudes del Consejo, pero que el único que podía modificar las partidas presupuestarias que no estaban asignadas a la Corte era el Jefe de Gabinete.¹⁵⁹ Como el Consejo hizo efectivo el pago a los empleados del Poder Judicial, la Corte señaló la gravedad de la desigualdad creada con respecto a los empleados del Tribunal, a los que no alcanzaba el aumento, “con independencia del juicio que merezca la legitimidad de la medida”,¹⁶⁰ aunque finalmente dispuso el pago del mismo emolumento para su personal.¹⁶¹

Bajo la presidencia del Dr. Santiago Petracchi, entonces, por intermedio de las acordadas 21/03, 23/03, 25/03 delegó la Corte al Consejo las oficinas de Subastas Judiciales, Mandamientos, Notificaciones, Cuerpo de Auditores Judiciales y Archivo General, a los cuales se dispuso el pago de los aumentos salariales que el Consejo había dispuesto para su personal.¹⁶² Posteriormente, mediante las Acordadas 9/04, 10/04, 11/04, 12/04 y 24/04 se delegaron las funciones de aplicación del régimen de pasantías, licencias, servicios de seguridad y vigilancia, autorizaciones para ejercer la docencia y el régimen de percepción de bonificaciones por título.

Con tales delegaciones, la administración del Consejo amplió su ejercicio concreto de facultades, comenzando a materializar, por así decirlo, el ideal constituyente. Pero durante esta etapa de relativa autonomía, se suce-

159. Acordada 19/2003.

160. Acordada 22/2003. Luego, mediante la Acordada 15/04 expresó que “aunque se comparten las valoraciones que inspiraron el dictado de las resoluciones en cuestión por el Consejo de la Magistratura, lo cierto es que [...] cabe expresar que la desigualdad fáctica existente entre los agentes del Poder Judicial de la Nación y el personal que depende de esta Corte [...] no puede ser superada mediante actos que importan, a criterio de esta Corte, violación de la letra expresa de la ley” por lo cual “...esta Corte se ve en la obligación de expresar con claridad que las competencias para reasignar los montos establecidos en la ley de presupuesto de la Nación, que permitirá efectivizar el aumento de \$200 a todos los agentes del Poder Judicial, es una facultad exclusiva y excluyente del Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación. Nadie puede pedir al máximo órgano judicial de la Nación que viole la ley y asuma facultades que no le fueron asignadas. Sólo una acción mal intencionada puede atribuir a esta Corte la responsabilidad de un aumento de salarios que no puede ser efectivizado sin el cumplimiento previo de un acto cuya ejecución le corresponde a otro órgano del Estado Nacional.” –conf. consid. 9, 10 y 11.

161. Acordada 27/2004.

162. Res. CM 324/03.

dió el primer conflicto de gravedad institucional. El Consejo otorgó un aumento salarial del 10% de la escala a todos los empleados del Poder Judicial, quedando exceptuados los pertenecientes a la Corte Suprema.¹⁶³ En su artículo 7, la ley de autarquía judicial citada establece que las remuneraciones de los magistrados las establece la Corte Suprema, con lo cual se patentizó un conflicto de competencia de gran impacto para el gobierno del Poder Judicial. La Corte respondió suspendiendo dicha decisión e invitando al Consejo a concertar una política salarial, remarcando su jefatura en esa materia y recordando para esto que el Poder Judicial no es un órgano “bicéfalo” y que aquella decisión lindaba con la incompetencia.¹⁶⁴

La Corte respondió fijando un aumento salarial del 10% “sin perjuicio de reiterar lo expresado en la acordada N°36/2004 con respecto a que el Consejo de la Magistratura carece de atribuciones para modificar el total de los créditos presupuestarios asignados a esta jurisdicción”.¹⁶⁵ El Consejo dictó entonces la resolución 550/04 estableciendo los criterios para la liquidación del aumento otorgado.¹⁶⁶ En este ping-pong institucional, la Corte Suprema aprobó su escalafón y escala salarial.¹⁶⁷

163. Res. CM 471/04.

164. Acordada 36/04.

165. Conf. Acordada 41/2004.

166. El resolutorio estableció: “1º) Que por resolución 34/99 se aprobó el proyecto de reescalafonamiento presentado por la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación, según el detalle y las remuneraciones previstas en el anexo de la misma. 2º) Que por resolución 471/04 se dispuso aprobar el acta acuerdo suscripta por los representantes de este Consejo de la Magistratura y de la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación en donde se ratifica el reescalafonamiento referido. 3º) Que, asimismo, mediante el artículo 3 se aprueba un aumento generalizado del 10% en los salarios de los integrantes del Poder Judicial. 4º) Que, resulta necesario a los efectos de su correcta aplicación aprobar las respectivas escalas de remuneraciones, conforme a las categorías que se consignan en el anexo de la presente. 5º) Que por otra parte, corresponde establecer los criterios que se deberán adoptar a los efectos de proceder a la correcta liquidación de las erogaciones que nos ocupan”. Como se puede observar, en la composición política del Consejo por ese entonces, se encontraba la firme convicción de requerir para sí las facultades que mediante las leyes financieras aún estaban en manos de la Corte Suprema.

167. Acordadas 2 y 9/05. Cabe mencionar que el Consejo, en esa oportunidad, señaló que “...la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ejercido una facultad de administración que el artículo 114 de la Constitución Nacional claramente pone en cabeza de este Consejo

Posteriormente, el Consejo, mediante un acuerdo con el gremio judicial, propuso la modificación de la denominación correspondiente al cargo de Jefe de Despacho por la de Jefe de Despacho de 1ª, y operando su descuento del aporte personal previsto en el artículo 31 de la ley 24.018, esto es, como funcionario y no como empleado.¹⁶⁸ Con lo cual quedaron para el Poder Judicial dos escalafones, uno, con la categoría Jefe de Despacho de 1ª aprobado por el Consejo y otro sin él, aprobado por la Corte.¹⁶⁹

A los comprendidos en el primero de ellos, se les realizó el descuento en su carácter de funcionarios, configurándose de esta manera un verdadero triunfo para el gremio de los judiciales, quienes habían bregado por ello. Pero al momento de conceder la jubilación en los términos de la ley 24.018, el ANSES manifestó sus dudas al momento de pagar dichas jubilaciones como funcionarios, ya que no contaba con una información precisa sobre cuál era en definitiva el escalafón válido. Dicho retraso motivó la presentación de acciones judiciales de los empleados tendientes a obtener su certificado de cese de servicios como funcionarios, sin que la Administración del Consejo se los expidiera. Por tal motivo, y ya dentro de la segunda etapa que explicaremos, la Corte emitió la acordada 20/12. En duros términos, declaró la invalidez de la resolución del Consejo, manteniendo el escalafón por ella aprobado, ordenando devolver al personal el descuento realizado en su carácter de funcionarios y modificar el monto de los aportes para ese cargo.

La segunda etapa está signada por dos hechos significativos, en cada uno de los organismos. Por el lado del Consejo, la sanción de la ley 26.080 que retiró de la presidencia del Consejo al Presidente de la Corte; y por el otro, el cambio de la composición de la Corte Suprema y por consiguiente,

de la Magistratura. Sin perjuicio de lo expuesto, en la sesión del día de hoy este Cuerpo ha considerado que resulta procedente establecer una recomposición salarial que incluya a los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación”. Conf. resolución CM 35/05 –consid. 6.

168. Resolución CM 196/06.

169. La ley 24.018 establece un régimen previsional para los magistrados y funcionarios del Poder Judicial que desempeñen cargos comprendidos en el Escalafón para la Justicia Nacional, y contempla que los trabajadores tendrán derecho a una jubilación equivalente al 82% de la remuneración total sujeta a pago de aportes correspondiente al interesado, y realizan un aporte previsional equivalente al 12% de lo que perciban por todo concepto en el desempeño de sus funciones.

de su presidencia. Se destaca la llegada de Ricardo Lorenzetti a la presidencia de la Corte por la cantidad de innovaciones que su impronta le aportó al Máximo Tribunal, no sólo en lo jurisdiccional, sino en lo que a la Administración se refiere.¹⁷⁰

Ello hizo que el Consejo¹⁷¹ –volviendo sobre sus pasos– *devuelva* a la Corte Suprema las oficinas y competencias transferidas mediante las acordadas citadas que aquella *reasumió* no sin críticas a tal actitud.¹⁷² En esta segunda etapa, la Corte se erige como el órgano principal en el dictado de las políticas administrativas dentro del Poder Judicial, quedando el Consejo como un órgano más referido a la ejecución y control administrativo.

Así llegamos a una tercera etapa, más pacífica, donde se han esclarecido las competencias y en tal sentido han proliferado convenios entre ambos organismos en materia concreta de Administración, sin las rispideces antes señaladas.¹⁷³ Si bien se han dado situaciones claras donde la Corte volvió a manifestar su competencia,¹⁷⁴ las mismas fueron en el marco de la labor que conlleva una ejecución presupuestaria mutua que desarrollan, donde es comprensible el solapamiento de funciones, a diferencia de las etapas anteriores donde ambos organismos se esforzaban por hacerse saber mutuamente quién tenía en los hechos a su cargo las potestades administrativas.

En la aprobación del presupuesto de gastos –quizá donde más se patentiza la integración de las voluntades de ambos cuerpos– no se formulan las críticas como otrora realizara la Corte, ni asoma por el Consejo la voluntad de afirmarse como administrador.

170. Ver GARGARELLA, R., “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e Interpretación judicial de la Constitución”, en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella.pdf>, 05/08/13.

171. Resoluciones CM 224/08, 225/08 y 424/08.

172. Acordada 28/08.

173. Resolución CSJN 2830/2011.

174. Resolución CM 12/13

XI. Proyecto, sanción e inconstitucionalidad de la reforma del Consejo

En el transcurso del año 2013, con motivo de la inauguración de las sesiones ordinarias del Poder Legislativo, ante la asamblea legislativa, la Sra. presidente de la Nación Cristina Fernández expresó que enviaría un paquete de leyes destinado a reformar al Poder Judicial, hecho que se patentizó meses más tarde, bajo el eslogan de “Democratizar la Justicia”. Dentro de esos seis proyectos, se encontraba una reforma sustancial al Consejo de la Magistratura, proyecto que implicaba un giro copernicano en la concepción del órgano, principalmente, en lo referente a la elección de sus miembros.¹⁷⁵

El mensaje estuvo precedido de referencias a la participación popular de la comunidad en la elección de los miembros de “la magistratura judicial”. Introducía –en los aspectos que se consideran sustanciales para este artículo– el sistema de elección por sufragio de los estamentos de los abogados, jueces y académicos o científicos, los cuales serían propuestos por partidos políticos, a la vez que ampliaba sus miembros de trece a diecinueve, al incorporar un abogado más y cinco académicos. Eliminaba el requisito del título de abogado para los académicos y científicos, en respuesta al “abordaje interdisciplinario” necesario para enriquecer las distintas soluciones; y en tal sentido, exigió que en vez de las calidades para ser senador, sean necesarias para ser consejero las mismas que para ser diputado nacional.

En otra modificación, ya dentro del esquema de funcionamiento del cuerpo, el proyecto contempló que las decisiones se adopten por mayoría absoluta de sus miembros, y la posibilidad de realizar concursos para magistrados con anterioridad a la generación de la vacante y se le otorgó la facultad de designar magistrados subrogantes –ver apartado iii.

En materia de Administración Financiera, contempló la reforma a las leyes 11.672, 17.928, 19.362, 23.853 y 26.346, reemplazando en todas ellas la titularidad de la Corte Suprema por el Consejo.

El proyecto en cuestión levantó duras críticas desde su formulación desde varios sectores sociales e instituciones públicas.

Durante la tramitación ante el Congreso, el proyecto fue modificado en el manejo de las cuestiones financieras y reglamentarias, quedando una vez

175. Mensaje PE-005-13.

más, en manos de la Corte al momento de su aprobación, con algunos detalles que a la luz del proyecto definitivo, resultan anacrónicos hoy en día.¹⁷⁶

En lo más sustantivo, confirmó una de las ideas motoras del proyecto al exigir la legitimidad de los consejeros académicos, jueces y abogados a través del sufragio popular oficializada a través de los partidos políticos,¹⁷⁷ ampliando de dos a seis el estamento de los abogados y de uno a seis el de los académicos.¹⁷⁸ Cambió el régimen de aprobación de los dos tercios para formular la acusación o para remitir una terna al Poder Ejecutivo, para pasar a un régimen de mayoría absoluta.¹⁷⁹ En materia disciplinaria aumentó el límite establecido para la sanción de multa de un 30% a un 50% de los haberes de los magistrados.¹⁸⁰

En lo que configuró un golpe de efecto político por parte del Poder Ejecutivo, dicha reforma fue acompañada de otras cinco leyes referidas al régimen de medidas cautelares –ley 26.854–, la creación de nuevas cámaras de casación –ley 26.853–,¹⁸¹ modificación del régimen de declaraciones juradas del Poder Judicial –ley 26.857–,¹⁸² un sistema de publicidad de las sentencias –26.856–¹⁸³ y el último proyecto, sobre el “ingreso democrático e

176. Por un lado, el art. 24 de la ley 26.855 sustituye al artículo 7° de la ley 23.853 y establece que “...Las remuneraciones de magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Nación serán establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación” y por el otro, al establecer las facultades del Plenario, están en el inciso 13 las de “Fijar las dotaciones de personal del Consejo de la Magistratura, adjudicar la cantidad de cargos y categorías que el funcionamiento requiera, fijar el procedimiento para la habilitación y cobertura de nuevos cargos, habilitar dichos cargos y fijar la redistribución o traslado de los agentes”. Y en el inciso 14, contradictoriamente, establece que el Plenario cuenta con las facultades de “Llevar adelante la administración del personal del Consejo de la Magistratura, incluida la capacitación, el ingreso y promoción, y la fijación de la escala salarial”.

177. Art. 3° bis, ley 24.937, según ley 26.855.

178. Art. 2, incisos 2 y 3, ley 24.937, según ley 26.855.

179. Art. 7, incisos 6 y 15, ley 24.937, según ley 26.855.

180. Art. 14, inciso A, ley 24.937, según ley 26.855. Ver *infra*, apartado iii.

181. Ver además la acordada 23/2013 donde establece que los recursos establecidos por la citada ley serán operativo una vez que las Cámaras se encuentren en funcionamiento.

182. Reglamentada por el Decreto 895/13.

183. El mismo día de su publicación, la Corte Suprema estableció mediante la acordada 15/2013 que la publicación será a través del Centro de Información Judicial, que depende

igualitario de personal al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público de la Nación” –ley 26.860.

A partir de la sanción de este paquete de leyes, se presentaron innumerables acciones judiciales contra –principalmente– la elección popular de los integrantes del Consejo. Una de las presentaciones fue realizada por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en la que solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los artículos referidos a la integración del cuerpo, su sistema electoral y, además, la convocatoria a elecciones para los integrantes junto con las primarias legislativas previstas para agosto del mismo año. La pretensión fue aceptada en primera instancia e inaugurando el recurso del *per saltum*, llegó a instancias de la Corte Suprema.¹⁸⁴

La Corte Suprema, en un marco de confrontación política que la dejó “enfrente” respecto del Poder Ejecutivo, aceptó la inconstitucionalidad de la integración, procedimiento de elección y llamado a elecciones; y como consecuencia, declaró la inaplicabilidad del quórum legal de diez miembros al régimen de mayorías y a la composición de las comisiones, manteniendo la composición y régimen de la ley 24.937.¹⁸⁵ El fallo estuvo dirigido a resaltar todos los principios constitucionales que se encuentran impregnados en nuestro sistema institucional y se explayó sobre el artículo 114, su redacción y orígenes, y la ley 26.855 rompía con el equilibrio, desconocía el sistema político-partidario y el principio de representación de estamentos técnicos, comprometía la independencia judicial y vulneraba el ejercicio de los derechos de los ciudadanos al distorsionar el proceso electoral.¹⁸⁶

Con respecto a la elección popular de sus miembros, expresó que el constituyente dejó bien en claro cuáles cargos provenían del sufragio popular y cuáles no, sin que el legislador pueda modificar esas categorías, sin que se registren antecedentes similares.¹⁸⁷

de la propia Corte.

184. Incorporado mediante la ley 26.790.

185. Autos “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c/Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N°3034/13)”, sentencia del 18/05/13.

186. *Ibid.*, consid. 29.

187. *Ibid.*, consid. 26. La Corte utiliza el término “sometiéndolo” al sufragio popular.

En referencia a la integración de los académicos, expresó que su participación es complementaria y no debe estar sujeta a la voluntad popular.¹⁸⁸

Con respecto a los jueces, expresó que el artículo 114 “...debe interpretarse como parte de un sistema que tiende, en palabras del Preámbulo, a afianzar la justicia y asegurar los beneficios de la libertad [...] Por ello, el nuevo mecanismo institucional de designación de magistrados de tribunales inferiores en grado de esta Corte, contemplado en la reforma de 1994, dejó de lado el sistema de naturaleza exclusivamente político-partidario y de absoluta discrecionalidad que estaba en cabeza del Poder Ejecutivo y del Senado de la Nación”¹⁸⁹ con la finalidad de despolitizar el procedimiento y priorizando un grado mayor de objetividad de idoneidad científica y profesional.

Confirmó una vez más su opinión referida a que el Consejo “...en su condición de órgano con competencias especiales, se inserta dentro de la estructura del Poder Judicial...” el cual “tiene la legitimidad democrática que le da la Constitución Nacional, que no se deriva de la elección directa” y en consecuencia, “...resulta consistente que los consejeros, como miembros de un órgano que integra el Poder Judicial de la Nación, sean elegidos en forma indirecta, de la misma manera que los jueces”.¹⁹⁰

Con este fallo, la Corte procedió a preservar al Consejo de la interferencia política, aun pagando el costo de un enfrentamiento con el Poder Ejecutivo.

XII. La Corte o el Consejo. ¿Qué es mejor?

El repaso sobre cada una de las funciones del Consejo de la Magistratura y su relación con la Corte ha puesto de manifiesto que la primigenia concepción contenida en la Constitución de 1853/60, donde el departamento Judicial era gobernado por una Corte Suprema ha sido puesta en crisis. Esta crisis nos lleva a preguntarnos sobre la capacidad que tienen las instituciones de adaptarse a los cambios políticos, a las coyunturas sociales o a la demanda ciudadana. El enfoque demuestra que si bien necesariamente la relación “Corte-Consejo” tiene sus puntos de conflicto, muchos de ellos no

188. *Ibíd.*, consid. 19.

189. *Ibíd.*, consid. 20.

190. *Ibíd.*, consid. 27.

dejan ver la necesidad de convivencia mutua de ambos órganos. Por lo cual, la explicación debería, quizás, buscarse en su estructura de funcionamiento.

La Corte, por su parte, es un órgano de composición homogénea, cuyos distintos puntos de vista ha sido reservada sólo a la esfera individual de sus miembros. A todos les compete el mismo sistema de designación,¹⁹¹ remuneración,¹⁹² remoción¹⁹³ y garantías de funcionamiento.¹⁹⁴ En cambio,

191. El art. 99, inciso 4 de la Constitución Nacional, establece que el Presidente “Nombrará los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado con dos tercios de sus miembros presente, en sesión pública, convocada al efecto”. Además, ver Decretos N°222/03 y 588/03.

192. Artículo 110 de la Constitución Nacional, al establecer que “recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permanecieren en sus funciones”.

193. En primer lugar, como se señaló, los jueces “conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta” y la misma cesa luego del procedimiento de juicio político donde a la Cámara de Diputados le corresponde formular la acusación –conf. art. 53 CN– y al Senado su juzgamiento –conf. art. 59 CN–. Además, el art. 99, inciso 4 de la Constitución Nacional, establece una limitación introducida en el tercer párrafo con respecto a la duración del cargo “Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite.” Con respecto a esta última variante, es ineludible señalar el precedente “Fayt, C. c/ Estado Nacional” Fallos 322: 1616. De todas maneras, al tratarse de una facultad del Poder Ejecutivo, resta señalar que nunca la ha puesto en práctica.

194. En referencia al self-moving y self-depending citados. En palabras de Hughes: “Los magistrados de la Suprema Corte son nombrados y confirmados por los departamentos políticos del gobierno. Pero un examen atento del trabajo de la Suprema Corte demuestra –y ello es tranquilizador– que éste se halla libre del control de los partidos. Se ha demostrado abundantemente que, aunque se han mantenido con firmeza los principios políticos fundamentales, los jueces han estado libres de cualquier influencia de los partidos políticos, o de cualquier presión, visible o invisible, por parte del gobierno [...] La Suprema Corte tienen las fallas inevitables de cualquier institución humana, pero ha conseguido despertar la confianza que subyace en el éxito del esfuerzo democrático, de que para la administración de la justicia puede encontrarse en seres humanos imperfectos una rectitud de propósito, una claridad de visión, una capacidad de independencia, una imparcialidad y equilibrio en sus fallos que hagan impotentes las solicitudes de los amigos, los requerimientos de los antiguos compañeros políticos y las amenazas de los enemigos”, en Hughes, C. E., La Suprema Corte de los Estados Unidos, Trad. de Roberto Molina Paguel

el Consejo se encuentra compuesto por distintos estamentos.¹⁹⁵ Por un lado los Consejeros provenientes del parlamento, divididos por su orientación partidaria y composición natural del Poder Legislativo. La duración en el mandato como consejero está ligada, por un lado, al período como diputado o senador en cada caso, sumado por otro lado al mantenimiento de las mayorías y minorías políticas de cada cámara.¹⁹⁶ No perciben remuneración alguna por la función desarrollada¹⁹⁷ y –como ejemplo– en el caso de los

y Vicente Herrero, México, FCE, 1971, p. 65.

195. Art. 2 de la ley 24.937 y mds.: “El Consejo estará integrado por trece miembros, de acuerdo con la siguiente composición: 1. Tres jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el sistema D’Hont, debiéndose garantizar la representación igualitaria de los jueces de cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados, con competencia federal del interior de la República; 2. Seis legisladores. A tal efecto los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos a la mayoría y uno a la primera minoría, 3. Dos representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula. Uno de los representantes deberá tener domicilio real en cualquier punto del interior del país; 4. Un representante del Poder Ejecutivo; 5. Un representante del ámbito académico y científico que deberá ser profesor regular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales y contar con una reconocida trayectoria y prestigio, el cual será elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional con mayoría absoluta de sus integrantes. Los miembros del Consejo prestarán juramento en el acto de su incorporación de desempeñar debidamente el cargo por ante el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por cada miembro titular se elegirá un suplente, mediante igual procedimiento, para reemplazarlo en caso de renuncia, remoción o fallecimiento”.

196. Artículo 3º, ley 24.937 y mds.: “Duración. Los miembros del Consejo de la Magistratura durarán cuatro años en sus cargos, pudiendo ser reelectos con intervalo de un período. Los miembros del Consejo elegidos por su calidad institucional de jueces en actividad o legisladores, cesarán en sus cargos si se alterasen las calidades en función de las cuales fueron seleccionados, debiendo ser reemplazados por sus suplentes o por los nuevos representantes que designen los cuerpos que los eligieron para completar el mandato respectivo. A tal fin, este reemplazo no se contará como período a los efectos de la reelección”.

197. Artículo 29º ley 24.937 y mds.: “Carácter de los servicios. El desempeño de los miembros magistrados y legisladores del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento será honorario, debiendo percibir las remuneraciones que les correspondan por sus respectivos cargos. Los demás miembros, cualesquiera sea su representación, percibirán una compensación equivalente a la remuneración de un juez de la Cámara Nacional

senadores, al ser el Senado el que otorga el acuerdo para los futuros jueces, no integran dentro del Consejo la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial.¹⁹⁸ Pero gozan de las mismas inmunidades que cuentan en sus respectivas cámaras, en particular, sobre libertad de opinión.

En el caso de los abogados, cuentan con representación propia al provenir de una elección estamental donde la única división es entre los distritos de Capital Federal y del interior del país¹⁹⁹ y reciben la remuneración equivalente al de un camarista de Casación.

El representante académico proviene en representación del Consejo Interuniversitario Nacional, y le comprende las demás condiciones que a los abogados.

Los representantes de los jueces, su sistema de selección es a través del sistema D'Hont, donde el requisito para presentarse es el piso mínimo del 5% del padrón de jueces, con representación del interior del país, y de ambas instancias.²⁰⁰ Su remuneración es equivalente a las anteriores y si perdieran su condición de magistrados, cesarían en el cargo de consejeros.

Finalmente, el representante del Poder Ejecutivo es el más inestable de todos. Su designación depende del Presidente de la Nación, puede cesar en cualquier momento que lo considere oportuno, y va atado políticamente a la presidencia de la Nación.²⁰¹ Su remuneración es la misma que los anteriores mencionados.

Los integrantes del Consejo, entonces, son estamentales, representantes de carácter técnico de los sectores que representan.²⁰²

de Casación Penal. En el caso del Jurado de Enjuiciamiento, la percibirán desde la plena y efectiva constitución del jurado. Se entiende por plena y efectiva constitución del jurado su puesta en funcionamiento para el juzgamiento de un caso en concreto hasta el dictado de la sentencia o, en su caso, de la aclaratoria”.

198. Conf. art. 99 inciso 4 de la Constitución Nacional. Art. 12, inciso 1 de la ley 24.937 y mds.

199. Resolución CM 317/06 y mds.

200. Resolución CM 315/06 art. 12.

201. Tal fue la suerte del representante del P.E. en ocasión de la renuncia del presidente Fernando de la Rúa, así como también con el cambio de mandato del Dr. Eduardo Duhalde al Dr. Néstor Kirchner.

202. In re, “Rizzo” citado, consid. 17.

Existe otra restricción legal que marca una distinta actitud con la Corte, y es que no existe reelección inmediata de consejeros.²⁰³ Esto ha significado un alto costo institucional para el Consejo que, al cumplirse los mandatos, se renuevan en su totalidad, debiendo los nuevos integrantes necesariamente adaptarse a la nueva función sin que ninguno de ellos cuente con la gimnasia de los años anteriores.

Frente a este panorama, la Corte suprema mantiene su composición inalterable y no depende del tiempo para la duración de su cargo, siendo una de las garantías de la función jurisdiccional.²⁰⁴ El Consejo no cuenta con el *self-moving*, claro está, y además, su composición incorpora estamentos con intereses heterogéneos. La elección de algunos de sus miembros no es político-partidaria y están sujetos a la natural rendición de cuentas del estamento que representa. Si se piensa en las facultades reglamentarias, frente a los jueces que han estado a la cabeza de la jurisdicción por años resolviendo los conflictos que se suscitan con avances y retrocesos, sumado a la experiencia funcional que trae aparejada la función jurisdiccional, se encarna un órgano cuya composición tiene otro horizonte temporal sumado a los distintos incentivos personales de sus miembros. De allí que aparezca como “favorita” la Corte Suprema para dicha reglamentación.

Ahora, en cambio, al momento de sancionar a los magistrados o de incorporar opiniones dentro de la esfera del Poder Judicial de quienes “se encuentran del otro lado de la ventanilla”, como ser los abogados, que a diario vivencian sus falencias y aciertos, el Consejo se erige como preferido. Mismo razonamiento sucede en materia presupuestaria. En la medida que es el Congreso el que en definitiva aprueba el Presupuesto Nacional, al ser los mismos integrantes legisladores del Consejo, cuentan con la información más cercana sobre las necesidades de las distintas jurisdicciones.²⁰⁵

Ahora bien, el Consejo, en su heterogeneidad, logra un avance significativo dentro de la órbita del Poder Judicial al ser todas sus reuniones pú-

203. La originaria ley 24.937 lo contemplaba, pero fue reformado por la ley 26.080 y mantenida por la ley 26.855.

204. Con la salvedad hecha en la nota 194.

205. Los legisladores que además integran la Comisión de Administración y Financiera tienen asignados zonas y fueros de los cuales recaban las necesidades presupuestarias. Conf. resolución CM 5/98.

blicas como norma de funcionamiento,²⁰⁶ además de las audiencias públicas que realiza anualmente, donde la comunidad en general puede participar sin restricciones de forma activa sobre la marcha del cuerpo.²⁰⁷ Esta norma implica que los debates por los cuales toma cada una de las decisiones sean registrados y publicitados, en un tono más acorde con la transparencia exigida a las democracias modernas. La Corte Suprema no cuenta –a excepción de estos últimos años– con publicidad del debate de sus acuerdos, aunque a partir de la presidencia del Dr. Ricardo Lorenzetti, se han realizado transformaciones significativas en materia, algunas incluso, superadoras de la clásica de la judicatura.²⁰⁸

Con lo cual, queda abierta a los años venideros una conclusión que muestre si en realidad lo descrito no se reduce en una falsa antinomia, que presenta a la instalación del Consejo como un juego de suma cero donde su puesta en marcha fue a costo de la mengua de competencias de otros poderes que los ejercían con anterioridad a la reforma de la constitución de 1994.

XIII. Conclusión

Si bien los dos órganos, tanto la Corte Suprema como el Consejo de la Magistratura reconocen una designación política, tanto por los procedimientos mismos de nombramiento, remoción y por muchas de las funciones a ambos asignadas, lo curioso es que la impronta “política” ha quedado en cabeza, al menos como institución, sólo del Consejo.

Es legítimo hablar de los motivos políticos en ambos organismos, cuya exigencia de ser advertidos consideramos ineludible. Lo cierto es que la convivencia de ambos organismos ha sido loable, y se resalta que cada uno con su ingeniería constitucional han tratado de dar respuesta a los distintos quehaceres que conforman la organización del Poder Judicial.

206. Art. 8 de la ley 24.937.

207. Resolución CM 247/00.

208. Como por ejemplo la creación del Centro de Información Judicial, o las audiencias públicas llevadas a cabo en la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”.

Podemos concluir invocando la doctrina sentada por el *Justice* Robert Jackson en el caso “Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer”²⁰⁹ y observar que en los hechos las competencias entre el Consejo y la Corte no están fijas, sino que permanentemente, a diario, van “de unas manos a las otras”. Es ilusorio pretender que el constituyente determinó de una vez y para siempre la dinámica de gobierno del Poder Judicial, para que cada vez que surge algún conflicto, tratar de encontrar en sus debates la solución al respecto. Muy por el contrario, si se observa las funciones de selección y acusación, los conceptos han sido parte de una construcción mutua entre ambos organismos, cuya lección bien puede servir de epílogo: los órganos constituidos por la Constitución Nacional son los que determinan –en palabras de Jackson– que la división apropiada de la autoridad federal es una cuestión “coloreada” por la perspectiva y la experiencia, y más como en este caso, cuando existe una “zona de penumbra” en la cual la Corte y el Consejo pueden actuar.²¹⁰ Pero en lo que es tan importante como las instituciones puestas en marcha a partir de la reforma constitucional del año 1994, se puede apreciar que influyen las distintas composiciones de ambos organismos, donde se puede ver cómo la inercia o pasividad de un órgano determina el actuar del otro y en concreto, “...cualquier prueba real del poder es probable que dependa de los imperativos de eventos y contemporáneos imponderables que de las teorías abstractas del derecho”.²¹¹

Los distintos eventos reseñados dan cuenta de la experiencia entre el Consejo de la Magistratura y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tanto que, a la luz de las funciones asignadas por la Constitución Nacional, no parece acertado llegar a una conclusión que pueda identificar a un organismo como responsable por sobre el otro o viceversa de las falencias o aciertos del *governance* del Poder Judicial, sino que ambos, mancomunados, trabajan día a día en pos de la administración de justicia.

209. 343 U.S. 579 (1952).

210. *Ibid.*, pp. 587-588, concurrencia del *Justice* Jackson. Ver además White, A., “Justice Jackson’s Draft Opinions in the Steel Seizure Cases”, 69 *Alb. Law Review*, 1107-1122 (2006).

211. *Ibid.*, pp. 635-638, “In this area, any actual test of power is likely to depend on the imperatives of events and contemporary imponderables rather than on abstract theories of law” (trad. propia).

XIV. Bibliografía

- Corcuera, S. y Rascioni, N., *El Consejo de la Magistratura, órgano del Poder Judicial de la Nación*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.
- Epstein, D., *La teoría política de "El Federalista"*, Trad. Juan Carlos Gorlier, Buenos Aires, Ed. GEL, 1987.
- Gelli, M. A., "Las inconstitucionalidades de la ley del Consejo de la Magistratura. Una sentencia crucial", en *La Ley*, del 16/06/2013.
- Kiper, C., *Responsabilidad disciplinaria de los Magistrados*, Buenos Aires, La Ley, 2002.
- Oteiza, E., "Consejo de la Magistratura. Algunos aspectos del proyecto sancionado por el Senado Nacional", en *Ed. Jurisprudencia Argentina*, 1996, T. III, p. 618.
- Payá, H. y Yáñez, M., *Régimen de jubilaciones y pensiones*, T. 1, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008.
- Renella, M. P., "Alcance de las facultades disciplinarias del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación", en *La Ley*, 2006, p. 1112.
- Santiago, A., *Grandezas y miserias en la vida judicial. El mal desempeño como causal de remoción*, Buenos Aires, El Derecho, 2003, p. 53.
- Sesín, D. J., "Magistratura Judicial y Responsabilidad Disciplinaria", en *ED. RAP* Año XXXIV-403, 2012, p. 263.

La elección de “jueces constitucionales” en las democracias actuales

*Federico G. Thea**

Resumen

En las últimas décadas, la mayoría de las democracias constitucionales modernas ha experimentado una creciente judicialización de sus principales conflictos políticos. Sin embargo, estos cambios radicales en el rol de los jueces, la doctrina jurídica tradicional continúa afirmando que el estudio del proceso de toma de decisiones judiciales está exclusivamente relacionado con el análisis del derecho positivo, alimentada por el mito de que los jueces son “un cuerpo uniforme de técnicos jurídicos impermeables, que están por encima y más allá de los conflictos políticos” y de que en el ejercicio de su función jurisdiccional “los jueces son la boca de la ley”.

En este contexto, y teniendo en cuenta el debate abierto recientemente como consecuencia del conjunto de reformas que han tenido eje en la denominada “democratización de la justicia”, el artículo propone abrir un debate

* Abogado (UBA, 2006). Profesor Adjunto (interino) de Derechos Humanos y Garantías (UBA). LL. M. in Public Law and Human Rights (University College London), como Becario Chevening (British Council Argentina, 2010/2011); Máster en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA, Tesis en elaboración). Este trabajo estaba basado en mi artículo “The role of judges in political struggles”, publicado en *Queen Mary Law Journal*, School of Law, Queen Mary, University of London, Volume 2, Spring 2012, p. 57; y en la ponencia presentada junto a NICOLÁS DIANA en el Tercer Encuentro del Ciclo de Debates “Omar A. Dalmazzo”, organizado por la Asociación de Docentes y el Departamento de Derecho Público II de la Facultad de Derecho de la UBA, el 26 de agosto de 2013, titulada “Disonancias en torno al rol judicial”. Agradezco especialmente a Isaías Losada Revol, a Nicolás Diana y a Juan Stinco por sus comentarios y sugerencias a los distintos borradores de este trabajo.

serio y maduro sobre el rol de la justicia en el Estado de Derecho y una revisión sobre los mecanismos de elección de “jueces constitucionales” en las democracias actuales; con el objetivo de ayudar a pensar sobre diseños institucionales alternativos que den cuenta de *cómo funciona la justicia en la práctica*.

En este sentido, se argumenta que la selección y nombramiento de los “jueces constitucionales” en una democracia exige el reconocimiento del rol político que cumplen los jueces cuando ejercen el control de constitucionalidad y de los múltiples factores que, en la práctica, influyen en el proceso de toma de decisiones judiciales; por lo que la tan pregonada “independencia del poder judicial” no se va a lograr desideologizando y/o despotizando el proceso de selección de magistrados sino al contrario, explicitando y transparentando las posiciones políticas, y aceptando el pluralismo ideológico que debe existir en todos los poderes del Estado.

Palabras clave: Derecho Constitucional, Proceso de Decisión Judicial, Reforma Judicial, Mecanismos de Selección y Designación de Magistrados, Consejo de la Magistratura.

Appointment of “constitutional judges” in modern democracies

Abstract

Over the last few decades, many modern democracies have experienced an increasing judicialization of the most fundamental political dilemmas. Notwithstanding this changes in the role of judges, traditional legal scholarship still asserts that knowledge of judicial decision-making is exclusively linked to the study of positive law, based of the myth that judges are “a unique body of impervious legal technicians above and beyond the political struggle”.

In this context, and considering the recent debates regarding the “Judicial Reform” in Argentina, this article proposes to discuss seriously the rule of law and the role of judges, revisiting the judicial appointment processes and the selection of “constitutional judges” in modern democracies. The aim of this article is to compare and discuss alternative institutional models that take into account how judges actually make decisions.

In this article, it will be argued that the appointment of constitutional judges in a modern democracy requires the recognition of the political role of those judges that are entrusted the constitutional review of legislation as well as the myriad of factors that may influence judicial decisions. For those reasons, the article concludes that judicial independence will not be met depoliticising the judicial appointment process but rather recognising and making explicit political attitudes, and accepting the political pluralism in all the braches of government.

Keywords: Constitutional Law, Judicial Decision, Making Process, Judicial Reform, Judicial Appointment Mechanisms, Judicial Appointments Commission.

I. Introducción

La reforma de la Constitución Argentina en el año 1994 trajo entre sus principales novedades la incorporación de un órgano que no reconocía antecedentes hasta entonces en nuestra organización federal, que fue trasplantado desde el derecho continental europeo de la Segunda Posguerra¹ con la finalidad de “despolitizar” y “hacer más eficaz y transparente” la designación y remoción de magistrados: el Consejo de la Magistratura. La Convención Nacional Constituyente abordó el problema de la falta de legitimidad y con-

1. Ver por ejemplo: Constitución de la República Italiana (art. 104), Constitución Española (art. 122) o la Constitución Francesa (art. 65). Sobre los trasplantes legales en el derecho argentino, ver THEA, FEDERICO G., “Los trasplantes de derecho al servicio del poder”, *La Ley*, Suplemento de Derecho Administrativo (Diciembre 2008), p. 26 (LL 2009-A, 778), reproducido también en GORDILLO, AGUSTÍN (DIR.), *Derecho Administrativo. Doctrinas Esenciales (Tomo I)*, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 279-298; ROSENKRANTZ, CARLOS, “Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law”, 1 *International Journal of Constitutional Law* 269 (abril 2003); GARGARELLA, ROBERTO, “Injertos y rechazos: Radicalismo Político y Trasplantes Constitucionales en América”, en GARGARELLA, ROBERTO (DIR.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo 1: Democracia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, capítulo XX; MAIRAL, HÉCTOR, “Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino”, en AA. VV., *Estudios de Derecho Administrativo II*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000.

fianza pública que afectaba por entonces al Poder Judicial, y planteó como solución la modificación del proceso de selección de jueces, entendiendo que apartando la elección de magistrados de las disputas político-partidarias, estos ganarían –paradójicamente– mayor legitimidad política, y se ofrecería a la ciudadanía una imagen de mayor independencia y objetividad en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

Los fundamentos de la incorporación del Consejo de la Magistratura se sustentan, como puede inferirse de lo expuesto por los Convencionales Constituyentes,² en una visión mitológica de los jueces, concebidos como autómatas que son meramente la boca de la ley y que, por ello, si pudieran ser elegidos y designados exclusivamente en razón de sus condiciones y méritos técnico-jurídicos –a través de concursos diseñados e implementados por un Consejo de la Magistratura “independiente”, y no como consecuencia de negociaciones o disputas políticas– se garantizaría que en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales no se vieran influidos de ninguna manera por sus simpatías personales, políticas, ideológicas, religiosas o de cualquier otra índole. En este sentido, muchos autores –e incluso miembros de la magistratura– han resaltado en nuestro medio la “independencia” de los jueces norteamericanos, quienes –supuestamente– a pesar del origen político de sus nombramientos, una vez que ocupan sus cargos “se compenetran de la responsabilidad que les incumbe, impidiendo que sus simpatías personales influyan sobre sus decisiones”.³

Tal como se desprende de lo expuesto, a pesar de que no hay forma de pretender algo que es inconcebible, o sea, personas sin ideología,⁴ y de que

2. Ver Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente (Sesiones del 27/07/94 al 01/08/94). Disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>

3. Ver, por ejemplo, EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, *Tratado de derecho constitucional (Tomo V)*, Buenos Aires, Depalma, 1999, pp. 294-295 y sus citas. Este autor reconoce, sin embargo, que “[d]e nada sirve crear institutos tales como [el Consejo de la Magistratura] si no se elige a jueces de probada honestidad, competencia técnica y, sobre todo, independientes del partido político y de los funcionarios que ejercen el poder. Para esto no es necesario ningún sistema especial, distinto del que establecía la Constitución en 1853, que es el mismo que tiene vigencia en los Estados Unidos”. EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, *op. cit.*, pp. 368-369.

4. CSJN, “Rizzo”, 18/06/2013 (voto en disidencia del JUEZ ZAFFARONI).

parece una verdad de Perogrullo decir que los jueces son seres humanos igual que los demás, que ven influidas sus decisiones por una variedad de factores que escapan a los estrictamente jurídicos, el dogma del juez como “técnico independiente” y aséptico goza aún de una gran difusión en nuestro país, tanto entre los operadores jurídicos como –especial y lamentablemente– en buena parte de la opinión pública.

En consecuencia, dedicaré la primera parte de este trabajo a hacer un repaso detallado de diversos estudios empíricos realizados en los Estados Unidos –algunos de ellos publicados hace más de cincuenta años, pero que resulten quizá novedosos para muchos operadores jurídicos de nuestro medio– que refutan los mitos del juez independiente de cualquier influencia meta-jurídica, que está por encima y más allá de los conflictos políticos, y dan cuenta de cómo es el proceso de toma de decisiones judiciales en la práctica.

El implante del Consejo de la Magistratura en un sistema jurídico como el argentino –que cuenta con un sistema de control judicial de constitucionalidad al estilo norteamericano– pasó por alto, además, las diferencias que existen entre el “poder judicial” y la “administración de justicia”. Tal como explicaba SPOTA, “poder judicial” existe en aquellas estructuras políticas en las que los jueces tienen capacidad para declarar la inconstitucionalidad de actos legislativos o ejecutivos. En cambio, en los sistemas donde los jueces carecen de dichas facultades existe simplemente “administración de justicia”.⁵ En mi opinión, esta distinción constituye un aspecto central para entender el rol que cumplen los jueces en una democracia, que debería ser tenido especialmente en cuenta al momento de discutir la cuestión judicial en general, y de pensar el diseño institucional del proceso de selección y nombramiento de jueces, en particular.

5. SPOTA, ALBERTO A., “Precisiones en torno al Consejo de la Magistratura”, en Comentarios a la reforma constitucional, Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, en AA. VV., *Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Comentarios a la Constitución*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1995, p. 147. Siguiendo a este autor, ARCANI y BIELSA señalan que “nuestro Consejo de la Magistratura resultaría ser un órgano cortado a la manera de los continentales europeos, pero trasplantado a una matriz constitucional estadounidense”. Ver ARCANI, MARÍA ROSA - BIELSA, RAFAEL, “El Consejo de la Magistratura en el Derecho comparado”, LL, 1996-D, 1735.

Por ello, en la segunda parte, me focalizaré en las características del proceso judicial de “control de constitucionalidad” en la práctica, analizando críticamente la visión tradicional de que “el control de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema”.⁶ En este sentido, intentaré demostrar las diferencias que existen entre lo que la Constitución dice, y lo que los jueces dicen que la Constitución dice, y cómo las dificultades que genera la existencia de esta “brecha interpretativa” en materia de control de constitucionalidad hacen que el camino hacia el constitucionalismo democrático y el diseño de un sistema coherente y equilibrado de selección de magistrados, no sea tan sencillo como parece.

Asimismo, la incorporación del Consejo de la Magistratura en la Reforma de 1994 omitió analizar con mayor detalle la compatibilidad de este instituto, originario de Europa Continental, con el sistema constitucional argentino –basado en gran medida en el norteamericano–. En general, los estudios de derecho comparado se focalizaron en la integración y funcionamiento de los Consejos de la Magistratura en el extranjero, sin prestar demasiada atención a qué tipo de jueces son elegidos por sistemas de concursos. Tal como se verá en la tercera parte del trabajo, los países que cuentan con un órgano como el Consejo de la Magistratura sólo lo utilizan cuando se trata de elegir “jueces comunes” –i.e. jueces que sólo administran justicia, sin el poder de ejercer el control de constitucionalidad–, y mantienen celosamente la selección y nombramiento de los “jueces constitucionales” en manos de órganos políticos.⁷ En consecuencia, considerando que en nuestro país todos los jueces pueden ejercer el control de constitucionalidad, dedicaré la tercera parte del trabajo a repasar cómo se eligen los “jueces constitucionales” en los países que cuentan con Consejos de la Magistratura.

La redacción del artículo 114 C.N., que incorpora el Consejo de la Magistratura, no define en forma acabada su integración, ya que se limita a indicar cuáles son los estamentos que deben estar representados, pero no

6. CSJN, “Rizzo”, 18/06/2013.

7. Profundizar en THOMAS, CHERYL (ed.), *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy* (de GUARNIERI y PEDERZOLI), Oxford, Oxford University Press, 2002. En nuestro medio, ver ARCANI, MARÍA ROSA - BIELSA, RAFAEL, “El Consejo de la Magistratura en el Derecho comparado”, *op. cit.*

exige ni un número ni proporciones determinadas, requiriendo como única condición en su regulación que se procure el equilibrio. Es decir, esta disposición constitucional delegó amplias facultades al Congreso Nacional para determinar el número de integrantes del Consejo, el equilibrio entre la representación de los distintos estamentos, los requisitos de elegibilidad de sus miembros, la duración en sus cargos, las formas de su remoción e, incluso, los métodos para su elección.⁸

Esta delegación del texto constitucional para finalizar la estructuración del Consejo de la Magistratura mediante el dictado de una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso ha sido fuertemente criticada, tanto en la Asamblea Reformadora como con posterioridad a la reforma constitucional, por la doctrina mayoritaria. A pesar de las enormes deficiencias en la técnica legislativa adoptada por el Constituyente,⁹ esta transferencia de poder cuasi-constituyente al poder constituido en la regulación del Consejo de la Magistratura permite actualizar y enriquecer la –insuficiente– discusión que tuvo lugar en la Asamblea Constituyente en torno al rol del Poder Judicial y la ingeniería institucional que requiere la democracia argentina para su selección y nombramiento.

En este sentido, la reciente sanción de la ley 26.855 que modificó la reglamentación del Consejo de la Magistratura y dispuso entre sus principales medidas “la elección por el Pueblo de la Nación por sufragio universal, de los Consejeros jueces, abogados y académicos”, reabrió en Argentina el debate en torno al rol del poder judicial, a las características del control judicial de

8. GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada (tomo II)*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 488.

9. Según ZAFFARONI, la Reforma Constitucional “se caracterizó por perfilar instituciones sin acabar su estructura. En ocasiones se tiene la impresión de que simplemente marcó trazos gruesos, que se limitaron a esbozar órganos y competencias, muy lejos de la precisión necesaria para delinear una ingeniería institucional. Esta característica puede observarse con claridad, entre otros casos, con respecto a la regulación de los decretos de necesidad y urgencia, a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y también en lo que hace al Consejo de la Magistratura. En alguna medida pareciera ser resultado del afán de hallar fórmulas de compromiso, práctica bastante común en el ámbito legislativo, aunque también ha pesado la premura con que se trabajaron los temas en la Asamblea, una vez obtenido el principal objetivo político de su momento histórico”. CSJN, “Rizzo”, 18/06/2013 (voto en disidencia del juez ZAFFARONI).

constitucionalidad, y a los mecanismos de selección y nombramiento de los magistrados. Lamentablemente, sin embargo, dicho debate se volvió a caracterizar por partir de afirmaciones dogmáticas intransigentes, que lejos de promover una discusión seria acerca del diseño institucional que requiere nuestra democracia en general, y las reformas que necesita el Poder Judicial en particular, obstruyó la posibilidad de pensar a fondo los problemas que afectan la delicada relación entre democracia y justicia. Así, entre los dogmas y mitos que protagonizaron la discusión en torno al llamado “Plan para la Democratización de la Justicia”, se mantuvo presente otra vez la idea de que los jueces en el ejercicio de su función son meramente la boca de la ley, que no están influidos de ninguna manera por sus simpatías personales, políticas e ideológicas; y se omitió repasar en forma cuidadosa y crítica el estudio del derecho constitucional comparado, a los fines de llevar adelante un análisis autóctono de los desafíos propios que se plantean en el marco de nuestra democracia constitucional.

En la construcción de estos mitos el rol de los operadores jurídicos – abogados, jueces y académicos– ha sido tristemente protagónico,¹⁰ y han dificultado y oscurecido en gran medida la posibilidad de un debate público abierto, sincero y transparente en torno a la cuestión judicial. Por ello, aun cuando los temas abordados en este trabajo parezcan elementales para cualquier estudiante de derecho, propongo revisar críticamente algunas cuestiones básicas relativas a (i) cómo es el proceso de decisión judicial en la práctica; (ii) cuáles son las características que diferencian al control de constitucionalidad de otros tipos de ejercicios de la magistratura; (iii) y cuáles

10. En este sentido, coincido con la percepción del rol de los operadores jurídicos en la democracia que expone DIANA, al escribir que “no sólo corresponde analizar y desmembrar las teorías que conforman el derecho, sino que es un deber por parte de los jueces al tiempo de fallar, pero también de los abogados cuando ejercen la profesión, y en ambos casos, cuando transmiten el conocimiento jurídico, en la academia, en revistas jurídicas, libros y en las aulas. Aunque parezca un análisis dogmático del fenómeno jurídico, es un análisis necesario con el objeto de desmembrar las bases del conocimiento y discurso jurídicos”. DIANA, NICOLÁS, “Discurso jurídico y derecho administrativo: Doctrina de facto y emergencia económica”, en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas (Tomo 6 - El método en derecho - La administración paralela)*, Buenos Aires, FDA, 2012, Anexo I. Disponible en <http://www.gordillo.com>

son los fundamentos de los diversos diseños institucionales para la selección de magistrados en distintos modelos constitucionales.

En mi opinión, el debate en la Asamblea Constituyente como en el marco del Plan para la Democratización de la Justicia dejó traslucir fuertes desacuerdos en relación a estas cuestiones que son elementales y, por lo tanto, entiendo que resulta necesario intentar ordenar y reconstruir algunas bases que son el punto de partida y la condición necesaria para emprender cualquier debate honesto, serio y democrático sobre la cuestión judicial.

II. El proceso de decisión judicial en la práctica

En las últimas décadas, la mayoría de las democracias constitucionales modernas ha experimentado una creciente judicialización de sus principales conflictos políticos,¹¹ dando lugar a una intervención del Poder Judicial hasta entonces desconocida.

Sin embargo, no obstante estos cambios radicales en el rol de los jueces, la doctrina jurídica tradicional continúa afirmando –con un discurso sencillo y llano que, que si bien cuenta cada vez con menos adeptos entre los juristas,¹² resulta atractivo para muchas personas que no están familiarizadas con temas judiciales– que el estudio del proceso de toma de decisiones judiciales está exclusivamente relacionado con el análisis del derecho positivo.¹³ Este discurso se encuentra alimentado por el mito de que los jueces son “un cuerpo uniforme de técnicos jurídicos impermeables, que están por encima y más allá de los conflictos políticos”¹⁴ y de que en el ejercicio de su función jurisdiccional los jueces son la boca de la ley.

11. HIRSCHL, RAN, “The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts”, 11 *Annual Review of Political Science* 1; THOMAS, CHERYL (ed.), *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, op. cit., 2008, p. 1.

12. BAUM, LAWRENCE, *Judges and Their Audiences*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 8.

13. FEELEY, MALCOLM y RUBIN, EDWARD, *Judicial Policy-Making and the Modern State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 2.

14. SHAPIRO, MARTIN, *Law and politics in the Supreme Court: new approaches to Political*

En este contexto, entiendo que vale la pena detenerse a analizar los principales estudios judiciales realizados en las últimas décadas que, mediante el recurso a una amplia variedad de métodos empíricos –incluyendo análisis cuantitativos a gran escala de sentencias,¹⁵ encuestas de preferencias políticas (a jueces y sobre jueces), entrevistas con jueces,¹⁶ análisis de correspondencia,¹⁷ simulación de casos,¹⁸ etc.– dan cuenta de los numerosos factores “extrajurídicos” que influyen en el proceso de toma de decisiones judiciales, y ayudan a desmitificar, con evidencia concreta y precisa, la visión jurídica tradicional resumida más arriba. Aun cuando ninguna de estas teorías es capaz de proveer una explicación completa de cómo los jueces toman realmente sus decisiones, entiendo que constituyen una guía muy útil para descubrir, entender y analizar críticamente de qué modo funciona el proceso de decisión judicial en la práctica, y aportan datos fácticos tangibles sin los cuales cualquier análisis del poder judicial deviene en meras especulaciones teóricas y abstractas.

Entre los principales estudios judiciales empíricos, cabe destacar la pionera investigación realizada entre 1965 y 1971 por SHELDON GOLDMAN,¹⁹ sobre la base de más de dos mil casos decididos en forma no unánime por tribunales de apelaciones de los Estados Unidos (es decir, casos que incluían el voto en disidencia de alguno de los tres jueces), que fueron clasificados en

Jurisprudence, Nueva York, Free Press, 1964, p. 21.

15. GOLDMAN, SHELDON, “Voting Behavior on the United States Courts of Appeal Revisited”, *69 American Political Science Review* 491, 1975; CAMERON, CHARLES y CUMMINGS, CRAIG, “Diversity and Judicial Decision-Making: Evidence from Affirmative Action Cases in the Federal Courts of Appeal 1971-1999”, Paper presentado en 2003 Meeting of the Midwest Political Science Association.

16. JACOBSON, JESSICA y HOUGH, MIKE, *Mitigation: The Role of Personal Factors in Sentencing*, Londres, Prison Reform Trust, 2007.

17. EPSTEIN, LEE y KNIGHT, JACK, *The Choices Justices Make*, Nueva York, Congressional Quarterly Press, 1997; FEELEY, MALCOLM y RUBIN, EDWARD, *Judicial Policy-Making and the Modern State*, *op. cit.*

18. LOVEGROVE, AUSTIN, “Public Opinion, Sentencing and Lenience: An Empirical Study Involving Judges Consulting the Community”, *Criminal Law Review* 769, 2007.

19. GOLDMAN, SHELDON, “Voting Behavior on the United States Courts of Appeal Revisited”, *op. cit.*, p. 491.

diferentes categorías de acuerdo al tema de la decisión (por ejemplo, casos relacionados al proceso penal, casos sobre libertades civiles, sobre derecho del trabajo, etc.).²⁰

A partir del análisis cuantitativo de estas decisiones judiciales, GOLDMAN examinó en detalle el impacto que tenían sobre las sentencias las preferencias políticas de los magistrados, así como sus antecedentes personales. A tales fines, el autor diseñó un modelo que, básicamente, consistía en lo siguiente: (i) primero, se le daba a los jueces un puntaje con un valor numérico,²¹ dependiendo de si sus decisiones sobre uno de los temas clasificados habían representado una actitud política “liberal”, “de centro” o “conservadora”;²² (ii) a través de la comparación del puntaje obtenido por los jueces en relación a cada tema, se determinaba si había o no una tendencia política determinada en sus decisiones; y, (iii) a partir de la evaluación de siete variables de antecedentes de los jueces (afiliación partidaria, edad, religión, experiencia judicial previa, años de ejercicio como juez en tribunales de apelaciones, ejercicio previo como fiscal público, antecedentes como candidato en elecciones para ocupar cargos públicos),²³ se determinaba la relación con sus respectivas decisiones judiciales.

Los resultados de este trabajo revelaron que la afiliación partidaria, la edad y la religión de los jueces eran variables con efectos significativos sobre el comportamiento judicial, lo cual le permitió concluir al autor que “las preferencias y los valores definidos política antes que jurídicamente pueden

20. *Ibíd.*, pp. 491-493.

21. *Ibíd.*, p. 491.

22. Así, por ejemplo, al analizar decisiones judiciales sobre el proceso criminal, a los votos que favorecían a los acusados o prisioneros se le otorgaba el valor de dos (2) puntos, como representando una preferencia liberal. Si un juez tenía 3 votos distintos sobre el mismo tema, se le daba un (1) punto, siendo considerado así como de una postura intermedia o de centro. Finalmente, si el juez votaba generalmente en contra del acusado o prisionero, se lo tomaba como conservador, y le otorgaba un puntaje de cero (0) puntos. Es importante tener en cuenta que, a los fines de categorizar a un juez como de tendencia liberal, conservadora o intermedia en relación a alguno de los temas, se requería que existieran al menos cinco (5) precedentes del juez en el mismo sentido.

23. GOLDMAN, SHELDON, “Voting Behavior on the United States Courts of Appeal Revisited”, *op. cit.*, p. 491.

ser de importancia primordial para entender la votación de los tribunales de apelaciones”.²⁴

Si bien esta investigación no demuestra en forma concluyente que los jueces estén motivados únicamente –ni siquiera primordialmente– por metas y/o preferencias políticas, resulta igualmente de gran valor para mostrar cómo la variedad de comportamientos judiciales frente a casos muy similares puede ser mejor comprendida como un producto de preferencias políticas antes que como diferencias jurídicas (en el sentido estrictamente técnico de la palabra) de los jueces.²⁵ Por ello, más allá de las limitaciones propias de este tipo de investigaciones,²⁶ el trabajo de GOLDMAN hizo un valioso aporte para dejar al descubierto la falacia de las visiones legalistas tradicionales, que niegan categóricamente cualquier tipo de influencia de las preferencias políticas o ideológicas en el proceso de toma de decisiones judiciales. Por otro lado, este estudio pionero sirvió además para abrirle el camino a subsiguientes investigaciones sobre el impacto de las preferencias políticas en las sentencias, así como también para considerar otras posibles variables, como los antecedentes personales de los jueces, y para desarrollar marcos teóricos alternativos.

Entre dichas investigaciones, la “perspectiva contextual” adoptada por CAMERON y CUMMINGS en su trabajo sobre diversidad y toma de decisiones judiciales,²⁷ constituye un excelente ejemplo de la evolución de estos estudios empíricos, que ofrece evidencia adicional sobre cómo ciertos factores extrajurídicos afectan las decisiones de los magistrados.

Estos autores se concentraron en los “efectos de la presión de pares” (peer effect) en los tribunales colegiados, distinguiendo el impacto de los antecedentes personales de los jueces sobre sus propias decisiones (“efecto de los antecedentes personales”) y el impacto directo de dichos antece-

24. *Ibíd.*, p. 495.

25. BAUM, LAWRENCE, *Judges and Their Audiences*, *op. cit.*, p. 20.

26. La evidencia empírica de GOLDMAN no puede ser generalizada ni utilizada para analizar todos los procesos de toma de decisión judicial, ya que estuvo circunscripto estrictamente al estudio del comportamiento judicial de los jueces de los tribunales de apelaciones, y exclusivamente en los Estados Unidos.

27. CAMERON, CHARLES y CUMMINGS, CRAIG, “Diversity and Judicial Decision-Making: Evidence from Affirmative Action Cases in the Federal Courts of Appeal 1971-1999”, *op. cit.*

dentes sobre otros jueces (“efecto diversidad”), del “efecto de la presión de pares” propiamente dicho, entendido como “la influencia que tienen las acciones de un juez sobre el comportamiento de los otros jueces”.²⁸ En otras palabras, los autores evaluaron si la interacción entre jueces de diversas características personales y con distintas preferencias políticas en el marco de un tribunal colegiado afectaba sus deliberaciones y el proceso colectivo de toma de decisiones.²⁹

Esta investigación cubrió todos los casos de “acciones afirmativas” entre 1971 y 1999 ante los tribunales de apelaciones de los Estados Unidos –incluyendo más de 500 votos individuales–,³⁰ y brindó sólida evidencia sobre el “efecto de presión de pares” que tiene la diversidad racial en las votaciones por este tipo de acciones judiciales.³¹ Según CAMERON y CUMMINGS, “agregando tan sólo un miembro no blanco a un panel de jueces [...] se incrementa la probabilidad de un voto a favor de la acción afirmativa por parte de los jueces blancos en alrededor del 15%”.³² Asimismo, los pocos datos disponibles sobre diversidad de género también mostraron un fuerte nexo de causalidad entre la adición de una mujer a un panel de jueces hombres con las votaciones a favor de “acciones afirmativas” por parte de estos últimos.³³ En contraste, la investigación sugirió que la diversidad ideológica de los miembros de un tribunal, sin perjuicio de que también operaba a través de un “efecto de presión de pares”, no incrementó la deliberación.³⁴ Por el contrario, la diversidad ideológica generó un “efecto de presión de pares” inverso, esto es, polarizaba aún más las opiniones divergentes.³⁵ Según este

28. *Ibíd.*, p. 4.

29. *Ibíd.*, *op. cit.*, p. 1.

30. *Ibíd.*

31. *Ibíd.*, p. 18.

32. *Ibíd.*, p. 19.

33. *Ibíd.*

34. *Ibíd.*, p. 26.

35. En este sentido, “recientes investigaciones experimentales sobre dos ejercicios deliberativos –uno entre personas autoproclamadas como liberales y otro entre personas autoproclamadas como conservadoras, mostró que la visión de los participantes se mostró mucho más extrema luego de la deliberación”. Ver SCHKADE, DAVID, SUNSTEIN, CASS y HASTIE,

trabajo, cuando un juez conservador compartía el tribunal con colegas de preferencias políticas liberales, las probabilidades de que votara a favor de una acción afirmativa se reducían en un 25% en comparación con su historial de votación cuando compartía panel con otros jueces conservadores o moderados.³⁶ A partir de estos datos, CAMERON y CUMMINGS concluyeron que la diversidad ideológica en los paneles de jueces, en lugar de aumentar la deliberación, parece incrementar la polarización sobre sus preferencias políticas.³⁷

El modelo seguido por CAMERON y CUMMINGS confirma por qué resulta erróneo negar cualquier tipo de influencia extrajurídica en las decisiones judiciales, aunque cabe reconocer que deja sin ofrecer una explicación completa de cómo y por qué toman los jueces las decisiones que toman en la práctica.

Posteriormente, en un intento por superar este déficit de los estudios judiciales empíricos, algunos autores han ensayado explicaciones más complejas y sofisticadas sobre el comportamiento judicial, basadas en las “estrategias” diseñadas por los jueces para superar las limitaciones legales e institucionales del sistema, con el objetivo de influir en políticas a largo

REID, “When deliberation produces extremism”, 22 *Critical Review* (2) 227, 2010.

36. CAMERON, CHARLES y CUMMINGS, CRAIG, “Diversity and Judicial Decision-Making: Evidence from Affirmative Action Cases in the Federal Courts of Appeal 1971-1999”, *op. cit.*, p. 20.

37. Cabe señalar que CAMERON y CUMMINGS enfatizaron en sus conclusiones los beneficios de la diversidad racial y de género a los fines de ampliar las visiones de los jueces y promover la deliberación en los tribunales colegiados. Sobre este punto, más allá de la importancia de la diversidad en los tribunales de apelaciones en términos de ampliación de la deliberación y posibilidades de obtener sentencias judiciales que tengan en consideración una gama más amplia y rica de argumentos y puntos de vista, entiendo que es importante recordar que el argumento a favor de la diversidad judicial no depende necesariamente de esta demostración de que contribuye a mejorar la calidad de la justicia, ya que no depende los resultados, sino de que existen fuertes razones de equidad y legitimidad para apoyar esa diversidad. Ampliar en ETHELTON, TERENCE, “Liberty, the archetype and diversity: a philosophy of judging”, *Public Law* 727, 746, 2010. Ver también HALE, BRENDA, “Equality and the Judiciary: Why Should We Want More Women Judges?”, *Public Law* 489, 2001; MALLESON, KATE, “Justifying gender equality on the bench: why difference won’t do”, 11 *Feminist Legal Studies*, 2003.

plazo de acuerdo a sus propias preferencias políticas. Un buen ejemplo de esta perspectiva es el estudio realizado por EPSTEIN y KNIGHT, en su libro *The Choices Justices Make*.³⁸

Estos autores examinaron correspondencia entre los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos entre los años 1970 y 1980, concentrándose en las negociaciones entre ellos, y en los varios cambios de posición de algunos jueces durante el proceso de decisión de casos importantes.³⁹ Por ejemplo, al examinar el proceso de decisión del caso Craig v. Boren,⁴⁰ los autores hallaron que las reglas institucionales de la Suprema Corte de EE.UU. tuvieron un fuerte impacto en el cambio de postura de algunos jueces, que podía ser mejor explicada a través de esta “perspectiva estratégica”. En este caso, el juez William J. Brennan –que estaba a cargo de escribir la opinión de la mayoría de la Corte– estaba inicialmente a favor de un estándar estricto para analizar casos de leyes que discriminaran en razón del género. Sin embargo, prefirió diseñar un “test de nivel intermedio” a los fines de obtener suficientes apoyos de sus colegas para poder arribar a una decisión mayoritaria. Aunque esta “decisión intermedia” no era la opinión preferida (es decir, no era la “jugada de máxima”) del juez Brennan en términos de preferencias políticas/jurídicas, era más adecuada para lograr cambiar el precedente existente en la materia, que establecía un estándar de revisión judicial muy laxo (“rational basis” analysis) con el cual hubiera sido muy difícil anular normas que contuvieran discriminación en razón del género. En consecuencia, a partir del estudio de este caso y de los intercambios de correspondencia entre los jueces, los investigadores consideraron que la conducta del juez Brennan podía ser mejor comprendida si se prestaba más

38. EPSTEIN, LEE y KNIGHT, JACK, *The Choices Justices Make*, *op. cit.*

39. BLOOM, ANNE, “The ‘Post-Attitudinal Moment’: Judicial Policymaking through the Lens of New Institutionalism”, 35 *Laws & Society Review* 1, p. 221, 2001.

40. Este caso (resuelto por la Suprema Corte de EE.UU. en 1976), es el primero en el que la mayoría del Tribunal determinó que las “categorizaciones en razón del género” (sean legales o reglamentarias) debían estar sujetas a un *standard* de revisión judicial intermedio (más estricto que el utilizado hasta ese momento por la Corte). A partir de ese caso, se exige que el Gobierno demuestre que las distinciones basadas en razón del género estén relacionadas sustancialmente con el cumplimiento de importantes objetivos gubernamentales.

atención a la “estrategia” que diseñó el juez para cambiar el precedente existente, antes que analizando solamente sus “preferencias políticas” en relación al tema.

Aunque se pueda objetar que este caso particular examinado por los autores es sólo un episodio aislado, su investigación ofrece también evidencia empírica de que el comportamiento de los jueces *à la* Craig no es algo inusual. Es muy interesante el dato que aportan EPSTEIN y KNIGHT en este sentido, quienes hallaron que “en más de la mitad de los casos con alegatos orales, los jueces de la Suprema Corte cambiaron sus votos iniciales, haciendo cambios en sus opiniones para adecuar las sugerencias de colegas, y uniéndose a votos concurrentes que no reflejan necesariamente sus verdaderas preferencias políticas”.⁴¹ Según los autores, estos casos evidencian el comportamiento estratégico de los jueces, quienes “son conscientes de que su capacidad para alcanzar sus objetivos depende de la consideración de las preferencias de otros actores, de las decisiones que ellos esperan que otros hagan, y del contexto institucional en el que actúan”.⁴² En mi opinión, y sin perjuicio de las limitaciones de esta investigación y de las múltiples objeciones que se le pueden realizar,⁴³ no puede dejar de reconocerse que este “modelo estratégico” ilumina sobre varios aspectos del comportamiento judicial que no son usualmente explorados por las teorías jurídicas tradicionales, o incluso por otros estudios judiciales empíricos.

En esta senda de estudios “posactitudinales”,⁴⁴ es interesante también el trabajo publicado por FEELEY y RUBIN en su libro *Judicial Policy-Making and the Modern State*,⁴⁵ que se centra en el análisis de la saga de casos vinculados a la Reforma Penitenciaria en los Estados Unidos.

41. EPSTEIN, LEE y KNIGHT, JACK, *The Choices Justices Make*, *op. cit.*

42. *Ibíd.*, p. 10.

43. Baum, Lawrence, *Judges and Their Audiences*, *op. cit.*, pp. 15-16.

44. Se le llama así a los estudios posteriores al pionero trabajo de CAMERON y CUMMINGS, que tienden a “mirar mucho más allá de la ideología de los jueces [y] examinar cómo las estructuras institucionales modelan y condicionan las políticas del Poder Judicial”. Ver BLOOM, ANNE, “The ‘Post-Attitudinal Moment’: Judicial Policymaking through the Lens of New Institutionalism”, *op. cit.*, p. 220.

45. FEELEY, MALCOLM y RUBIN, EDWARD, *Judicial Policy-Making and the Modern State*, *op. cit.*

Esta saga de litigios, que tuvo lugar en los Estados Unidos entre 1965 y 1990, es uno de los ejemplos más importantes de activismo judicial en el diseño e implementación de políticas públicas. De hecho, las sentencias judiciales ordenando la reforma de penitenciarías en diferentes estados de EE.UU. fueron extremadamente detalladas, y en algunos estados el sistema correccional completo fue (re)diseñado a partir de las sentencias judiciales.⁴⁶

Aunque FEELEY y RUBIN reconocen que no todas las decisiones judiciales involucran el diseño de políticas públicas –y que los casos sobre la Reforma Penitenciaria representan un ejemplo bastante extremo en este sentido–, argumentan que en estos casos “los jueces invocan textos normativos para establecer su control sobre un tema, y luego se basan en fuentes no obligatorias y en su propio juicio y valoración, para generar una decisión que está guiada predominantemente por el resultado que se intuye deseado”.⁴⁷ Según estos autores, no sólo la doctrina jurídica tradicional no reconoce este contraste que existe entre lo que los jueces dicen que hacen (“interpretar derecho”) y lo que realmente hacen (“crear derecho”), sino que también –y más grave aún– “los jueces continúan describiendo su rol de diseño de políticas públicas como un aspecto de la interpretación”.⁴⁸ En su opinión, aunque las limitaciones legales e institucionales no evitan el diseño de políticas públicas por parte de los jueces, ellas crean sin embargo serios problemas de legitimidad para el poder judicial. En este sentido, los autores argumentan que en los casos sobre la Reforma Penitenciaria de EE.UU., las decisiones de política pública tomadas por los jueces federales eran contrarias a los principios de separación de poderes, federalismo y debido proceso.⁴⁹ Es importante señalar que al argumentar de ese modo, FEELEY y RUBIN no critican las decisiones de los tribunales federales. Al contrario, ellos enfatizan la necesidad de reconocer que el diseño judicial de políticas públicas es tan

46. BLOOM, ANNE, “The ‘Post-Attitudinal Moment’: Judicial Policymaking through the Lens of New Institutionalism”, *op. cit.*, p. 224.

47. FEELEY, MALCOLM y RUBIN, EDWARD, *Judicial Policy-Making and the Modern State*, *op. cit.*, p. 11.

48. *Ibíd.*

49. *Ibíd.*, p. 18.

necesario y legítimo como el de las otras dos ramas del Estado, y que por lo tanto debería ser estudiado de ese modo.⁵⁰

En síntesis, en este apartado he intentado mostrar que los principales modelos de estudio del comportamiento judicial ofrecen evidencia empírica concreta en contra de la afirmación tradicional de que los jueces no se encuentran influenciados por ningún tipo de factor extrajurídico. Por ello, y aun cuando estos estudios no puedan ofrecernos todavía una explicación definitiva y completa de cómo los jueces toman realmente sus decisiones, creo que existen razones suficientes para descartar los mitos del juez independiente de cualquier influencia extrajurídica, y tomar como un presupuesto fáctico para nuestros estudios del derecho, la afirmación de que los jueces están muy lejos de ser “técnicos legales impermeables”.

III. El proceso judicial de “control de constitucionalidad” en la práctica

Los estudios analizados en el apartado anterior muestran claramente cómo los numerosos factores que afectan el comportamiento de los jueces impiden cualquier intento de ubicar al poder judicial “por encima y más allá de los conflictos políticos”.

Ahora bien, si la influencia de factores extrajurídicos en la toma de decisiones judiciales se verifica en cualquier “caso ordinario”, iimaginemos cuánto más influirán estos factores (como la edad, el género, la religión, la experiencia previa, las ideologías políticas, las simpatías partidarias, etc.) en los “casos constitucionales”!⁵¹

En teoría, el control de constitucionalidad está pensado básicamente “como una instancia de protección de los derechos fundamentales de las personas y de la forma republicana de gobierno”.⁵² Es decir que todo el sistema se construye sobre la base de la idea de derechos básicos o fundamen-

50. *Ibíd.*, p. 22.

51. Como argumentaré más abajo, en los “casos constitucionales”, debido al grado de abstracción y generalidad de la Carta Magna, el margen de apreciación (o de maniobra) para optar por una entre varias opciones posibles es mucho mayor que en los “casos ordinarios”.

52. CSJN, “Rizzo”, 18/06/2013.

tales, que en la filosofía moral y política contemporánea suele definirse a partir de la concurrencia de dos rasgos:

- (i) que los derechos básicos son límites a la adopción de políticas basadas en cálculos coste-beneficio. Es decir, que tales derechos “atrincheran” ciertos bienes que se considera que deben asegurarse incondicionalmente para cada individuo, y los ponen a resguardo de eventuales sacrificios basados en consideraciones relativas al “bien común” o al “interés general”.
- (ii) que los derechos básicos constituyen límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones por mayoría, esto es, que delimitan el perímetro de lo que las mayorías no pueden decidir, sirviendo así, en palabras de DWORKIN, como “cartas de triunfo” frente a los poderes mayoritarios.⁵³

Por lo general, el diseño institucional adoptado para la protección de estos derechos básicos resulta de la combinación de dos piezas maestras:

- (i) la supremacía de una Constitución que incluya un catálogo de derechos básicos.
- (ii) la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria.

En nuestro país, desde 1888 hasta la actualidad se ha sostenido, con sustento en las previsiones constitucionales que establecen la supremacía de la Constitución Nacional y la función que corresponde a los jueces en virtud de los arts. 31, 116 y 117, “que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra

53. DWORKIN, RONALD, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.

los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”.⁵⁴ Según la Corte Suprema, este diseño constitucional exige que los jueces actúen en todo momento en forma independiente e imparcial, como custodios de estos derechos y principios, a fin de no dejar desprotegidos a todos los habitantes de la Nación frente a los abusos de los poderes públicos o fácticos.⁵⁵

Sin embargo, esta descripción de los fundamentos constitucionales y políticos del control judicial de constitucionalidad parece estar algo incompleta. La idea de que los jueces al ejercer el control de constitucionalidad tan sólo hacen valer frente a los poderes públicos límites claramente preestablecidos en la Carta Magna pasa por alto la “brecha interpretativa” que existe entre los que dice la Constitución y lo que los jueces dicen que dice la Constitución.⁵⁶ Los jueces hacen mucho más que llevar adelante una mera lectura de la Constitución. En efecto, en algunos casos, los jueces “incorporan” al texto soluciones normativas que no estaban –al menos explícitamente– incorporadas en el mismo.⁵⁷

La Corte Suprema argentina sostiene que “sólo un punto de vista estrecho podría pasar por alto que el control de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema”.⁵⁸ Parafraseando a la Corte, y siguiendo lo que sugieren los estudios empíricos reseñados en la primera parte de este trabajo, me atrevo a afirmar que sólo un punto de vista estrecho podría pasar por alto que los jueces no son meramente “la boca de la Constitución”, sino que son verdaderos creadores del derecho constitucional, que toman decisiones políticas

54. Fallos 33: 162, CSJN, “Rizzo”, 18/06/2013.

55. CSJN, “Rizzo”, 18/06/2013.

56. BAYÓN, JUAN CARLOS, “Derechos, democracia y constitución”, en *Doxa*, 2000, p. 69.

57. GARGARELLA, ROBERTO, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en *Isonomía*, 1996, p. 59.

58. CSJN, “Rizzo”, 18/06/2013.

con base en su propia ideología,⁵⁹ y las encuadran dentro del amplio marco de posibilidades que ofrece nuestra Constitución.⁶⁰

De hecho, la zigzagueante jurisprudencia de la Corte Suprema en los últimos treinta años en materia de interpretación constitucional confirma que la Constitución permite, con frecuencia, ser interpretada de distintos modos, muchos de ellos –incluso– incompatibles entre sí. El giro en la interpretación constitucional del artículo 19 CN que surge de la comparación de los casos CHA (1991)⁶¹ –en el que la CSJN denegó la personería jurídica de la Comunidad Homosexual Argentina por considerar que dicha asociación no tenía “por objeto principal el bien común, sino [...] la pública defensa de la homosexualidad en sí considerada con vistas a su aceptación social”– y ALITT (2006)⁶² –donde la Corte revocó la resolución de la Inspección General de Justicia que denegó personería jurídica a la Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual, destacando el principio de igualdad y la

59. En palabras de BOURDIEU, “[e]n términos hermenéuticos, nuestra interpretación está condicionada por la precomprensión que tengamos del mundo, por nuestros prejuicios en el sentido de ideas previas del mundo conocido”. BOURDIEU, PIERRE, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en BOURDIEU, PIERRE - TEUBNER, GUNTHER, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000, p. 178, citado en DIANA, NICOLÁS, “Discurso jurídico y derecho administrativo: Doctrina de facto y emergencia económica”, *op. cit.*, p. 22.

60. En este sentido, en una entrevista publicada por la revista *Lecciones y Ensayos* en el año 1988, el JUEZ PETRACCHI explicaba: “Se dice que los jueces no son políticos, pero, icómo no van a ser políticos!, son políticos les guste o no. A lo sumo, les va a pasar lo que al cangrejo, que es crustáceo pero no lo sabe. Sus decisiones, especialmente en la Corte Suprema, son políticas, lo que sucede es que no son solamente políticas, son además jurídicas, se tienen que adecuar a la Constitución. Claro que la Constitución es un marco de posibilidades, cuya elección dependerá de la ideología del juez. Cuando existe un conflicto de valores, y eso es lo que siempre hay que juzgar, se toma a uno sobre el otro, y eso configura una decisión política. Los jueces se muestran como ‘técnicos puros’, pero no lo son. Son ideólogos, claro que en un sentido distinto al de aquel que hace política como líder de un partido, pero esto es, sin duda, una especie de política”. Entrevista al JUEZ ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, “La democracia y el poder judicial”, publicada en revista *Lecciones y Ensayos* N° 49, 1988, pp. 301-309.

61. Fallos 314: 1531.

62. Fallos 329: 5266.

autonomía de la conciencia como esencia de la persona y, por consiguiente, la importancia de la diversidad de pensamientos y valores en una sociedad democrática— ejemplifican claramente cómo los principios constitucionales conceden un amplísimo poder de discreción al juzgador. En la misma línea, puede contrastarse el distinto alcance otorgado a la autonomía personal en diversos fallos de la CSJN, analizando los casos Montalvo (1990)⁶³ y Arriola (2009),⁶⁴ ambos sobre la constitucionalidad de la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Esta “brecha interpretativa” la encontramos no sólo al momento de aplicar las declaraciones, derechos y garantías de la Primera Parte de la Constitución, sino incluso en pronunciamientos relativos a la organización, competencias y límites de los poderes del Estado. Así, por ejemplo, en materia de interpretación del principio de división de poderes y los valores democráticos, hay también un profundo contraste entre decisiones como Peralta (1990),⁶⁵ Cocchia (1993)⁶⁶ y Rodríguez (1997),⁶⁷ con la reciente jurisprudencia de la Corte en materia de decretos delegados y de necesidad y urgencia, por ejemplo, en los casos Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (2008)⁶⁸ y Consumidores Argentinos (2010).⁶⁹

Esta situación se ve complementada, a su vez, por la creciente constitucionalización de los conflictos jurídicos —y la consecuente “bajamar” del principio de legalidad,⁷⁰ que ha llevado a algunos autores a señalar la nece-

63. Fallos 313: 1333.

64. Fallos 332: 1963.

65. Fallos 313: 1513.

66. Fallos 316: 2624.

67. Fallos 320: 2851.

68. Fallos 331: 2406.

69. Fallos 320: 2851.

70. LAPORTA, FRANCISCO J., “El ámbito de la Constitución”, en *Doxa* 24, 2001, p. 460. Según GARCÍA AMADO, “la tan manida apología actual del principialismo, del papel de los valores, ya sea en general, ya sean los valores constitucionales, y la consiguiente exaltación de un activismo judicial que sirva de freno, contrapeso y corrección de los temibles excesos o incapacidades del legislador tienen casi siempre una de sus más socorridas justificaciones en argumentos como el de que el legislador actual es una pura correa de transmisión de intereses más o menos inconfesables, o carece de los instrumentos intelectuales necesarios para percibir la auténtica dimensión de los problemas sociales, o es corrupto, o se

sidad de “volver a reivindicar con fuerza el papel de las leyes en la composición del sistema jurídico, tanto por razones de naturaleza prudencial como por razones de naturaleza moral”.⁷¹ En esta línea de pensamiento, WALDRON enfatiza la importancia de reconocer los fundamentos que inspiran el principio de separación de poderes –un principio derivado del rule of law, y diferenciado de los principios de división de poderes y frenos y contrapesos–,⁷² entre los que se encuentra la vital distinción entre las distintas funciones de gobierno (legislativo, ejecutivo y judicial) como una forma de resaltar el valor de las formas articuladas y coordinadas de gobierno. En palabras del autor, “la idea es que en lugar de una decisión política indiferenciada de hacer algo acerca de X, hay una insistencia en que cualquier cosa que hagamos a X o sobre X debe ir precedida de un ejercicio del poder legislativo que establezca una norma de carácter general aplicable para todos, no sólo para X, y un procedimiento judicial que hace la determinación de que la conducta de X, en particular, está comprendida en el ámbito de esta norma, y así sucesivamente. Aparte de la integridad de cada una de estas fases, hay una sensación de que el poder se ejerce mejor, o es ejercido con más respeto en

mueve en medio de un vacío ideológico y valorativo propio de la crisis de los partidos y las ideologías, etc.”. GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis, 2003, pp. 10-11, citado en MEORI, ANDREA A. - CHAUMET, MARIO E., “¿Es el derecho un juego de los jueces?”, LL 2008-D, 717.

71. LAPORTA, FRANCISCO J., “El ámbito de la Constitución”, en *Doxa* 24, 2001, p. 459. En este sentido, DIANA explica que los principios de legalidad y de libertad juegan un rol esencial en la democracia y en la presunción de constitucionalidad de los actos de gobierno. Por ello, en opinión del citado autor, “[l]a presunción de inconstitucionalidad de las normas no puede ser la regla en esta democracia. La regla parte de una responsabilidad compartida de todos para encausar nuestra actividad hacia su mejoramiento”. DIANA, NICOLÁS, “La democracia y la presunción de (in)constitucionalidad de las leyes”, LL Sup. Act. 26/02/2008, 1.

72. Según el autor, “[t]odo lo que le importe al Principio de División de Poderes es que el poder esté dispersado; no le importa particularmente cuáles son esos poderes dispersados. Y todo lo que lo importa al Principio de Frenos y Contrapesos es que el poder controle al poder o concurra en el ejercicio de otro poder; siendo de interés incidental cuáles son los poderes que se contrapesan mutuamente en este balance”. WALDRON, JEREMY, “Separation of powers in thought and practice?”, 54 *Boston College Law Review* 433, p. 442.

sus respectivas áreas de competencia, cuando es producto de esta secuencia ordenada”.⁷³

Las –inevitables– dificultades que genera la existencia de esta “brecha interpretativa” en materia de control de constitucionalidad,⁷⁴ sumado al problema de la “objeción contra-mayoritaria” del poder judicial,⁷⁵ hacen que el reconocimiento y combinación de los dos ingredientes esenciales de una democracia constitucional (i.e. la supremacía de una Constitución que incluya un catálogo de derechos básicos, y la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria)⁷⁶ haya dado como resultado diseños institucionales muy diversos, tanto en lo que hace al modo de ejercer el control de constitucionalidad, como a la selección del órgano encargado de tan delicada tarea.

Tal como se verá a continuación, dichos diseños institucionales han tenido debidamente en cuenta –aun en su diversidad de alternativas– que el control de constitucionalidad es, en la práctica, una tarea con fuerte contenido político; y su compatibilidad con el sistema democrático depende de un

73. *Ibíd.*, pp. 434-435.

74. Que confirman la reflexión de SHAPIRO, quien afirma que “la doctrina generalmente está de acuerdo en que tiene que haber algo de control judicial de constitucionalidad, pero no demasiado, y luego elabora infinidad de argumentos para determinar cuánto es demasiado”. Allí está el nudo, precisamente, del debate jurídico en torno al control de constitucionalidad. SHAPIRO, MARTIN, *Law and politics in the Supreme Court: new approaches to Political Jurisprudence*, *op. cit.*

75. Básicamente, la “objeción contra-mayoritaria” adopta dos formas fundamentales: (i) la primera apunta a la idea misma de primacía constitucional, ya que si la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional implicaría precisamente restricciones a lo que la mayoría puede decidir; y, (ii) la segunda, que afecta al control jurisdiccional de constitucionalidad, consiste en preguntar qué legitimidad tienen jueces no representativos ni políticamente responsables para invalidar decisiones de un legislador democrático. Ver, entre muchos otros, BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962; GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996; WALDRON, JEREMY, “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *Yale Law Journal*, 1346.

76. Tal como señala BAYÓN, cabe reconocer que “si como ideales morales se parte no sólo del de los derechos básicos, sino también del valor de la democracia, entonces el camino hacia el constitucionalismo es quizá menos llano de lo que parece”. BAYÓN, JUAN CARLOS, “Derechos, democracia y constitución”, *op. cit.*

delicado equilibrio, que puede ser fácilmente quebrado por alteraciones y/o injertos irreflexivos, incluso, respecto de sus características más mínimas.

IV. La selección de “jueces constitucionales” en el derecho comparado

El sistema de control de constitucional presenta básicamente tres variaciones,⁷⁷ que se pueden ejemplificar a la luz de los órdenes jurídicos británico, continental-europeo y norteamericano:

- (i) En el sistema jurídico británico (al igual que en Holanda y en los países escandinavos) no hay un control judicial de constitucionalidad. Esto quiere decir que ningún juez (ni aun la Corte Suprema) puede descalificar una ley dictada por el Parlamento sobre la base de que ella viola la Constitución (que en el caso de Gran Bretaña es consuetudinaria y no escrita). Si bien la aprobación de la *Human Rights Act* de 1998 y de la *Constitutional Reform Act* de 2005 introdujeron importantes cambios en el sistema británico, rige todavía en este país el principio de que el Parlamento es quien tiene la última palabra en materia de derecho constitucional.
- (ii) En el sistema tradicional de los países de Europa Continental, el control de constitucionalidad es de tipo concentrado. Es decir, el poder para declarar la inconstitucionalidad de las normas está generalmente monopolizado por un órgano, el Consejo o Tribunal Constitucional (aunque a veces hay excepciones), integrado por “jueces constitucionales”, que difieren tanto en su poder como en su forma de elección y duración en los cargos, de los “jueces comunes”. A su vez, en distintos modelos adoptados

77. NINO, CARLOS S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 659. En esta descripción podría también incluirse un cuarto modelo, reflejado en algunos diseños institucionales latinoamericanos y algunas provincias argentinas, que consiste en combinar el modelo de control concentrado con el difuso. A modo de ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires existe un control abstracto que ejerce exclusivamente el Tribunal Superior de Justicia, cuyas sentencias tienen efectos *erga omnes* –a menos que la Legislatura disponga lo contrario– y un control difuso que ejerce cada uno de los jueces, que se ejerce en casos concretos y con efectos inter partes.

en Europa Continental el control de constitucionalidad puede ser concreto o abstracto (ya sea preventivo o remedial).

(iii) El tercer modelo de control de constitucionalidad es el norteamericano. Este sistema se caracteriza por ser difuso (o sea, puede ser ejercido por cualquier juez federal o local, no sólo por la Corte Suprema), ser a posteriori, en casos concretos, y por tener carácter vinculante a través de la regla del *stare decisis*. En este sistema, obviamente, todos los jueces, tanto los jueces de las instancias inferiores como los de la Corte Suprema, son “jueces constitucionales”.

En el sistema británico, la designación de los jueces estuvo históricamente –hasta la *Constitutional Reform Act* del año 2005– en cabeza del Lord Chancellor, quien estaba encargado de hacer “encuestas secretas” (*secret soundings*) entre jueces, abogados, compañeros de universidad, etc., acerca de los posibles candidatos, quienes eran finalmente designados en forma discrecional mediante la tradicional “palmadita en el hombro” (*tap on the shoulder*) del Lord Chancellor.⁷⁸

En el año 2005, la *Constitutional Reform Act* –que, entre otras cosas, abolió la Cámara de Apelaciones de la Cámara de los Lores y estableció en su lugar una Corte Suprema, que comenzó a funcionar en octubre de 2009–⁷⁹ restringió sustancialmente las facultades del Lord Chancellor en los nombramientos judiciales; creando una Comisión de Nombramientos de la Suprema Corte –que se integra en forma ad hoc, cuando se producen vacantes en el máximo tribunal–, y una Comisión de Nombramientos Judiciales (*Judicial Appointments Commission for England and Wales*) encargada de la selección de los jueces inferiores.

A pesar de que muchos autores opinaban que, teniendo en cuenta el creciente poder de los jueces en el Reino Unido –sobre todo, por la intro-

78. A pesar de la doctrina de la Soberanía del Parlamento que impera en el Reino Unido, el Parlamento nunca tuvo un papel formal en el proceso de nombramiento de los jueces que, como se señaló, estuvo históricamente monopolizado por el Lord Chancellor. Sin embargo, los miembros del Parlamento siempre tuvieron una fuerte influencia “detrás de escena” en los nombramientos judiciales. STEVENS, ROBERT, *The English Judges: Their Role in the Changing Constitution*, Londres, Hart Publishing, 2002, p. 10.

79. Ver <http://www.supremecourt.gov.uk/about/history.html>

ducción de la ya citada *Human Rights Act* de 1998–,⁸⁰ existían fuertes razones para exigir que en la Reforma se incluyera la intervención de ambas Cámaras del Parlamento en el proceso de nombramiento de jueces,⁸¹ ello no sucedió. Así, tanto para el caso del nombramiento de jueces de la Suprema Corte como de jueces inferiores, luego de la selección de la Comisión de Nombramientos Judiciales, los nombres de los candidatos aceptados por el Lord Chancellor son remitidos al Primer Ministro para la posterior aprobación de la Reina, y no requieren de la ratificación del Parlamento.⁸²

En el modelo británico, debido a la supervivencia –aun con los matices reseñados– de la doctrina de la Supremacía Parlamentaria, no se percibe la necesidad de que el Parlamento intervenga formalmente en los nombramientos judiciales. En este sentido, es importante recordar que la última palabra en materia constitucional en el Reino Unido la tiene el Parlamento y, por ello, cuando los parlamentarios identifican una jurisprudencia con la que están en desacuerdo, tienen el poder de cambiarla. La inexistencia del control judicial de constitucionalidad en el Reino Unido hace, entonces, que los tribunales funcionen sólo en la periferia de la arena política, y que no se perciba una necesidad de mayor intervención del Parlamento en el nombramiento de jueces.⁸³

En contraste, los otros dos modelos que sí aceptan el control judicial de constitucionalidad (es decir, el modelo norteamericano y el continental-europeo) han sido muy cuidadosos en no confundir supremacía constitucional con supremacía judicial, diseñando para ello mecanismos de selección de los “jueces constitucionales” con fuerte predominio de los factores políticos.

80. Sobre el impacto de la introducción de la HRA en el Reino Unido ver, entre muchos otros: CRAIG, PAUL, “Britain in the European Union”, en JOWELL, JEFFREY - OLIVER, DAWN (EDS.), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

81. STEVENS, ROBERT, *The English Judges: Their Role in the Changing Constitution*, *op. cit.*, p. 105; LEGG, THOMAS, “Brave New World-The New Supreme Court and Judicial Appointments”, 24 *Legal Stud.* 45, 2004; LE SUEUR, ANDREW, “Developing Mechanisms for Judicial Accountability in the UK”, 24 *Legal Stud.* 73, 2004.

82. Constitutional Reform Act, 2005, c. 4. Cabe aclarar que el Lord Chancellor puede rechazar hasta tres propuestas por cada cargo a cubrir.

83. CLARK, MARY L., “Advice and consent vs. silence and dissent? The contrasting roles of the legislature in U.S. and U.K. judicial appointments”, 71 *Louisiana Law Review* 451, 2010.

En el modelo norteamericano, que inspiró en sus orígenes al modelo argentino, KRAMER explica que “hay [...] una diferencia enorme entre tener la última palabra y tener la única palabra [en materia de interpretación de la constitución]: entre la supremacía judicial y la soberanía judicial. Podemos elegir aceptar la supremacía judicial porque necesitamos que alguien establezca algunas cuestiones constitucionales esenciales y, por varias razones históricas y jurisprudenciales, la Corte Suprema parece ser nuestra mejor opción. Pero de ello no se sigue que la Corte tenga que ejercer su autoridad sobre todas y cada una de las cuestiones constitucionales ni que, cuando lo hace, pueda desestimar o suplantar apresuradamente las perspectivas de otras instituciones más democráticas”.⁸⁴

En este modelo, el concepto de supremacía judicial no sólo se mantiene dentro de sus cauces constitucionales en función de las características que se exigen al control judicial de constitucionalidad,⁸⁵ sino también dejando abierta la posibilidad de que los ciudadanos actúen para modificar el significado de la Constitución a través de una variedad de mecanismos, entre los que se destaca el proceso de designación de magistrados.⁸⁶

84. KRAMER, LARRY D., “The Supreme Court, 2000 Term Foreword: We the Court”, 115 *Harvard Law Review* 13, citado en POST, ROBERT - SIEGEL, REVA, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, 92 *California Law Review* 1027, 2004. Reproducido en castellano en “Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial”, en POST, ROBERT - SIEGEL, REVA, *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo* (trad. GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO), Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013, pp. 119-120.

85 Me refiero a que el control de constitucionalidad debe versar sobre una cuestión judicial, es decir que (i) no procede en casos abstractos, sino únicamente dentro de un “caso judicial” que represente una verdadera controversia entre dos partes, y que sea actual; (ii) que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad no es *erga omnes*, sino que aplica únicamente al caso concreto; (iii) que, en principio, la inconstitucionalidad no se presume, y debe ser alegada y probada por la parte demandante; y, (iv) que no alcanza a ciertos temas –o en determinadas circunstancias– denominadas por la doctrina como “cuestiones políticas”.

86. Según BALKIN y LEVINSON “el afianzamiento partidista a través de las designaciones presidenciales al Poder Judicial es la mejor explicación de cómo el significado de la Constitución cambia con el paso del tiempo mediante interpretaciones del artículo III más que mediante la enmienda del artículo V”. Y en el mismo sentido, POST y SIEGEL opinan que

En los Estados Unidos, la selección y nominación de los jueces federales –de todos los jueces federales, no sólo de los miembros de la Corte Suprema– está en manos del poder político. En efecto, de conformidad con la Constitución norteamericana, las nominaciones para jueces de la Corte Suprema, de los Tribunales de Apelaciones y de los Juzgados de Distrito son realizadas por el Presidente y confirmadas con el consejo y el acuerdo del Senado (conf. art. II secc. 2, y art. III de la Constitución de los Estados Unidos). Y la influencia de la política en la nominación y confirmación de jueces federales es tal, que previo al dictamen del Comité de Asuntos Judiciales del Senado, este le envía una “blue slip” (carta azul) a los senadores del Estado cuya vacante judicial se está cubriendo, solicitando su opinión. Si uno solo de dichos senadores se niega a prestar su conformidad respecto del candidato propuesto, el proceso cae o, si continúa, genera tantas trabas que se hace muchísimo más difícil lograr el acuerdo del Senado.⁸⁷

En Europa Continental, el control de constitucionalidad surgió mucho después que en EE.UU. y que en nuestro país. La memoria de los abusos cometidos por los tribunales del *ancien régime* contribuyó al desarrollo de una visión más rígida del principio de separación de poderes –opuesta al sistema de pesos y contrapesos que inspiró el modelo norteamericana–, y tal desconfianza en el posible “gobierno de los jueces”, que el control de constitucionalidad no fue restablecido en los países de Europa continental hasta bien entrado el siglo XX. Naturalmente, el diseño institucional para su restablecimiento fijó estrictos límites tanto en razón de las condiciones para su ejercicio, como en razón de cuáles son los jueces habilitados para realizar dicho control.

Actualmente, en el modelo continental-europeo, la naturaleza dual (jurídico-política) de los tribunales constitucionales –que son los únicos que tienen esta función de control de los otros poderes del Estado– es abiertamente reconocida, y su peso en el sistema jurídico es equilibrado por el

“[e]n la medida en que el diseño del artículo III asegure que el pueblo conserva la última palabra respecto del significado de su Constitución, se garantizará la prioridad estructural de cierta forma de constitucionalismo popular”.

87. Ver DENNING, BRANNON P., “The blue slip: enforcing the norms of the judicial confirmation process”, 10 *William & Mary Bill of Rights Journal* 75, 2001.

poder que tienen los otros poderes de determinar la composición de dichos tribunales, tal como se grafica con los ejemplos del siguiente cuadro:

	Francia	Italia	España
Nombre	Consejo Constitucional	Corte Constitucional	Tribunal Constitucional
Fecha de Creación	1958	1948	1978
Número de Jueces	9	15	12
Duración del mandato	9 años	9 años	9 años
Autoridad de Designación	Presidente de la República y el presidente de cada una de las asambleas del Parlamento (Senado y Asamblea nacional)	Presidente de la República (5). Parlamento en sesión conjunta de ambas Cámaras (5). Las supremas magistraturas ordinarias y administrativas (5).	Congreso (4). Senado (4). Gobierno (2). Consejo General del Poder Judicial (2).
Tipo de Revisión Judicial	Concentrada	Concentrada	Concentrada
Acceso Directo de Particulares	No	No	Sí
Acceso Indirecto por Reenvío	Sí	Sí	Sí

El Consejo Constitucional de Francia –que tiene a cargo, entre otras competencias, el control concentrado de constitucionalidad de las leyes– se compone de nueve miembros, que duran solamente nueve años en sus mandatos (no renovables), y que son designados por el presidente de la República y el presidente de cada una de las Asambleas del Parlamento (Senado y Asamblea Nacional), quienes nombran, cada uno, un miembro del Consejo cada tres años. La Corte Constitucional de la República Italiana –el órgano

a cargo del control de constitucionalidad de las leyes en Italia— está compuesto por quince jueces, que son nombrados por terceras partes: cinco por el presidente de la República, cinco por el Parlamento en sesión conjunta de ambas Cámaras, y cinco por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas (art. 135 de la Constitución Italiana). El Tribunal Constitucional de España —que es el único órgano que ejerce el control de constitucionalidad en el territorio español—, está integrado por doce miembros, que ostentan el título de Magistrados del Tribunal Constitucional. Sus integrantes son nombrados por el Rey mediante Real Decreto, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial; y son designados por un período de nueve años, sin posibilidad de reelección inmediata (art. 159 de la Constitución Española).

La mencionada naturaleza dual (jurídico-política) que caracteriza a los tribunales constitucionales es abiertamente reconocida en los países que adoptan este sistema,⁸⁸ y se manifiesta tanto en la estructura de los tribunales constitucionales como en los mecanismos para la selección de sus miembros. Por un lado, estos tribunales tienen la función de control a los otros poderes del Estado, para mitigar el poder de las mayorías (poder que no tienen los demás jueces). Pero por el otro lado, los restantes poderes del Estado tienen la facultad de determinar la composición de los tribunales. Al igual que en los Estados Unidos, los guardianes son elegidos principalmente por las mismas instituciones que tienen que ser custodiadas.

Tal como se advierte de los tres ejemplos citados, la selección y nombramiento de los “jueces constitucionales” en el modelo continental europeo no es lo mismo que el diseñado para los restantes jueces, sino que está sujeto a mayor discrecionalidad de los restantes poderes del Estado. Así, los jueces de los tribunales constitucionales son invariablemente designados o

88. Esta situación es reconocida incluso en países como Alemania, que tiene una tradición de ver a los jueces como técnicos autómatas que se limitan a aplicar la ley. Ver THOMAS, CHERYL (ed.), *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, op. cit., p. 138.

elegidos por los órganos políticos: ya sea el ejecutivo, el legislativo y muy excepcionalmente, miembros del propio poder judicial.⁸⁹

En conclusión, el análisis comparado de los sistemas de control de constitucionalidad norteamericano y continental-europeo, y sus respectivos mecanismos de selección y nombramiento de “jueces constitucionales”, muestra la continuidad que existe entre el poder del control de constitucionalidad, por un lado, y el carácter político de las designaciones de los jueces encargados de tan delicada tarea jurídico-política. Esta relación que existe entre control de constitucionalidad y designaciones con fuerte impronta política es, con sus ventajas y desventajas, reflejo del sistema de pesos y contrapesos; y le otorga a los tribunales cierta legitimidad política para intervenir en los conflictos políticos que le son sometidos, en función del rol político que inevitablemente juegan cada vez que ejercen el control de constitucionalidad.⁹⁰

V. ¿...y el Consejo de la Magistratura?

La incorporación del Consejo de la Magistratura al sistema judicial argentino en la Reforma Constitucional del año 1994 –que modificó sustancialmente, entre otras cosas, el proceso de selección de jueces–⁹¹ se apoyó irreflexivamente en algunos mitos que carecen de cualquier atisbo de realidad, e ignoró ciertas cuestiones que son centrales en el diseño institucional de la mayoría de las democracias constitucionales modernas.

89. THOMAS, CHERYL (ed.), *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, *op. cit.*, p. 138.

90. En este sentido, ver STEVENS, ROBERT, *The English Judges: Their Role in the Changing Constitution*, *op. cit.*

91. De acuerdo a la Reforma Constitucional de 1994, el Consejo de la Magistratura tiene la atribución de elevar al Poder Ejecutivo una terna de candidatos, de carácter vinculante, para que el Presidente elija entre los propuestos en base a su idoneidad, y envíe la propuesta de designación para el acuerdo del Senado (conf. arts. 114 y 99 inc. 4 C.N.). Tal como señala Gelli, “[d]ado que la terna es vinculante, el Poder Ejecutivo se encuentra compelido a designar a uno de los tres candidatos propuestos [...] El carácter vinculante de la terna significa no sólo que el Poder Ejecutivo no debe elegir a una persona ajena a aquélla, tampoco podría rechazar a todos los propuestos”. GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada (Tomo II)*, *op. cit.*, p. 495.

En la primera parte de este trabajo, se dio cuenta de la profusa evidencia empírica que, desde hace más de cincuenta años, refuta el mito de que los jueces son “un cuerpo uniforme de técnicos jurídicos impermeables, que están por encima y más allá de los conflictos políticos”, y que en el ejercicio de su función son meramente la boca de la ley. El dogma de la “asepsia judicial” que sostuvieron –y sostienen aún– muchos de los defensores de la incorporación del Consejo de la Magistratura a nuestro sistema, falla en no reconocer que los jueces, en realidad, no son técnicos legales impermeables, y que existen múltiples factores meta-jurídicos (entre ellos, ideológicos y políticos) que, consciente o inconscientemente, influyen en forma decisiva en el proceso de toma de decisiones judiciales.

En la segunda parte del trabajo argumenté que la permeabilidad de factores extrajurídicos en las decisiones judiciales es mucho mayor cuando los jueces ejercen el control de constitucionalidad, debido a la inevitable “brecha interpretativa” que existe entre lo que la Constitución dice, y lo que los jueces dicen que la Constitución dice. Los jueces, según intenté demostrar, no son “la boca de la Constitución” sino verdaderos creadores del derecho constitucional, que toman decisiones políticas con base en su propia ideología, y las encuadran dentro del amplio marco de posibilidades que ofrece nuestra Constitución.

Finalmente, en la tercera parte mostré cómo la íntima relación que existe entre control de constitucionalidad y poder político se manifiesta en los diversos sistemas constitucionales, que sólo utilizan los Consejos de la Magistratura cuando se trata de elegir “jueces comunes” –i.e. jueces que sólo administran justicia, sin el poder de ejercer el control de constitucionalidad–, y mantienen celosamente la selección y nombramiento de los “jueces constitucionales” en manos de los órganos políticos.⁹²

En conclusión, la selección y nombramiento de los “jueces constitucionales” en una democracia exige el reconocimiento del rol político que cumplen los jueces cuando ejercen el control de constitucionalidad y de los múltiples factores que, en la práctica, influyen en el proceso de toma de decisiones judiciales. La tan dogmáticamente pregonada “independencia

92. Profundizar en THOMAS, CHERYL (ed.), *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, op. cit. En nuestro medio, ver ARCANI, MARÍA ROSA - BIELSA, RAFAEL, “El Consejo de la Magistratura en el Derecho comparado”, op. cit.

del poder judicial” no va a lograrse desideologizando y/o despotizando el proceso de selección de magistrados –dado que no hay forma de pretender algo que es inconcebible, o sea, personas sin ideología–⁹³ sino al contrario, explicitando y transparentando las posiciones políticas, y aceptando el pluralismo ideológico que debe existir en todos los poderes del Estado, incluso en el poder judicial.

Bibliografía

- Arcani, María Rosa-Bielsa, Rafael, “El Consejo de la Magistratura en el Derecho comparado”, LL 1996-D, 1735.
- Baum, Lawrence, *Judges and Their Audiences*, Princeton University Press, Princeton, 2006.
- Bayon, Juan Carlos, “Derechos, democracia y constitución”, Revista *Doxa*, 2000.
- Bickel, A, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1962.
- Bloom, Anne, “The ‘Post-Attitudinal Moment’: Judicial Policymaking through the Lens of New Institutionalism”, 35 *Laws & Society Review* 1 (2001).
- Bourdieu, Pierre - Teubner, Gunther, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000, citado en Diana, Nicolás, “Discurso jurídico y derecho administrativo: Doctrina de facto y emergencia económica” en Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas (Tomo 6 – El método en derecho - La administración paralela)*, FDA, Buenos Aires, 2012, Anexo I. Disponible en <http://www.gordillo.com>.
- Cameron, Charles y Cummings, Craig, “Diversity and Judicial Decision-Making: Evidence from Affirmative Action Cases in the Federal Courts of Appeal 1971-1999”, Paper presentado en 2003 Meeting of the Midwest Political Science Association.
- Clark, Mary L., “Advice and consent vs. silence and dissent? The contrasting roles of the legislature in U.S. and U.K. judicial appointments”, 71 *Louisiana Law Review* 451 (2010).
- Craig, Paul, “Britain in the European Union”, en Jowell, Jeffrey-Oliver, Dawn (eds), *The Changing Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

93. CSJN, “Rizzo”, 18/06/2013 (voto en disidencia del JUEZ ZAFFARONI).

- Denning, Brannon P., "The blue slip: enforcing the norms of the judicial confirmation process", 10 *William & Mary Bill of Rights Journal* 75 (2001).
- Diana, Nicolás, "Discurso jurídico y derecho administrativo: Doctrina de facto y emergencia económica", en Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas (Tomo 6 – El método en derecho - La administración paralela)*, FDA, Buenos Aires, 2012, Anexo I. Disponible en <http://www.gordillo.com>
- Diana, Nicolás, "La democracia y la presunción de (in)constitucionalidad de las leyes", *LL Sup. Act.* 26/02/2008.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional (Tomo V)*, Depalma, Buenos Aires, 1999.
- Epstein, Lee y Knight, Jack, *The Choices Justices Make*, Congressional Quarterly Press, Nueva York, 1997.
- Etherton, Terence, "Liberty, the archetype and diversity: a philosophy of judging", (2010) *Public Law* 727.
- Feeley, Malcolm y Rubin, Edward, *Judicial Policy-Making and the Modern State*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- García Amado, Juan Antonio, *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis, 2003, citado en Meori, Andrea A. - Chaumet, Mario E., "¿Es el derecho un juego de los jueces?", *LL* 2008-D, 717.
- Gargarella, Roberto, "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", *Revista Isonomía*, 1996.
- Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.
- Gargarella, Roberto, "Injertos y rechazos: Radicalismo Político y Trasplantes Constitucionales en América", en Gargarella, Roberto (Dir.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo 1: Democracia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada (tomo II)*, *La Ley*, Buenos Aires, 2008.
- Goldman, Sheldon, "Voting Behavior on the United States Courts of Appeal Revisited", 69 *American Political Science Review* 491 (1975)
- Hale, Brenda, "Equality and the Judiciary: Why Should We Want More Women Judges?", (2001) *Public Law* 489
- Hirschl, Ran, "The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts" (2008) 11 *Annual Review of Political Science* 1.

- Jacobson, Jessica y Hough, Mike, *Mitigation: The Role of Personal Factors in Sentencing*, Prison Reform Trust, Londres, 2007.
- Kramer, Larry D., “The Supreme Court, 2000 Term Foreword: We the Court”, 115 *Harvard Law Review* 13, citado en Post, Robert – Siegel, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, 92 *California Law Review* 1027 (2004). Reproducido en castellano en “Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial”, en Post, Robert – Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo* (trad. García Jaramillo, Leonardo), Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013.
- Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, *Doxa* 24 (2001).
- Le Sueur, Andrew, “Developing Mechanisms for Judicial Accountability in the UK”, 24 *Legal Stud.* 73 (2004).
- Legg, Thomas, “Brave New World-The New Supreme Court and Judicial Appointments”, 24 *Legal Stud.* 45 (2004).
- Lovegrove, Austin, “Public Opinion, Sentencing and Lenience: An Empirical Study Involving Judges Consulting the Community”, (2007) *Criminal Law Review* 769.
- Mairal, Héctor, “Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo II*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000.
- Malleson, Kate, “Justifying gender equality on the bench: why difference won’t do”, (2003) 11 *Feminist Legal Studies*.
- Niño, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- Rosenkrantz, Carlos, “Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law”, 1 *International Journal of Constitutional Law* 269 (abril 2003)
- Schkade, David, Sunstein, Cass y Hastie, Reid, ‘When deliberation produces extremism’ (2010) 22 *Critical Review* (2) 227.
- Shapiro, Martin, *Law and politics in the Supreme Court: new approaches to Political Jurisprudence*, Free Press, Nueva York, 1964.
- Spota, Alberto A., “Precisiones en torno al Consejo de la Magistratura”, en Comentarios a la reforma constitucional, Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, en AA.VV., *Asociación Argentina de Derecho*

- Constitucional. Comentarios a la Constitución*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1995.
- Stevens, Robert, *The English Judges: Their Role in the Changing Constitution*, Hart Publishing, Londres, 2002 .
- Thea, Federico G., “Los trasplantes de derecho al servicio del poder”, *La Ley*, Suplemento de Derecho Administrativo (Diciembre 2008) (LL 2009-A, 778), reproducido en GORDILLO, AGUSTÍN (DIR.), *Derecho Administrativo. Doctrinas Esenciales (Tomo I)*, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- Thomas, Cheryl (ed), *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy* (de GUARNIERI y Pederzoli), Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Waldron, Jeremy, “Separation of powers in thought and practice?”, 54 *Boston College Law Review* 433.
- Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *Yale Law Journal* 1346.
- Constitución de la República Italiana
- Constitución Española
- Constitución Francesa
- Constitutional Reform Act, 2005
- CSJN, *Rizzo*, 18/06/2013.
- CSJN, *Rizzo*, 18/06/2013 (voto en disidencia del JUEZ ZAFFARONI).
- Fallos*: 313:1333; 313:1513; 314:1531; 316:2624; 320:2851; 320:2851; 329:5266; 331:2406; 332:1963; 33:162.
- Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente (Sesiones del 27/07/94 al 01/08/94). Disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>
- Entrevista al Juez Enrique Santiago Petracchi: La democracia y el poder judicial, publicada en *Revista Lecciones y Ensayos N° 49* (1988). <http://www.supremecourt.gov.uk/about/history.html>

